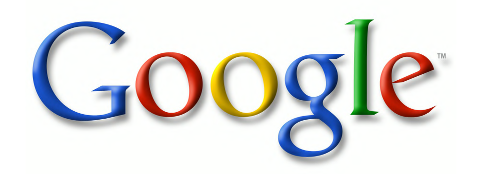
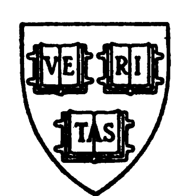
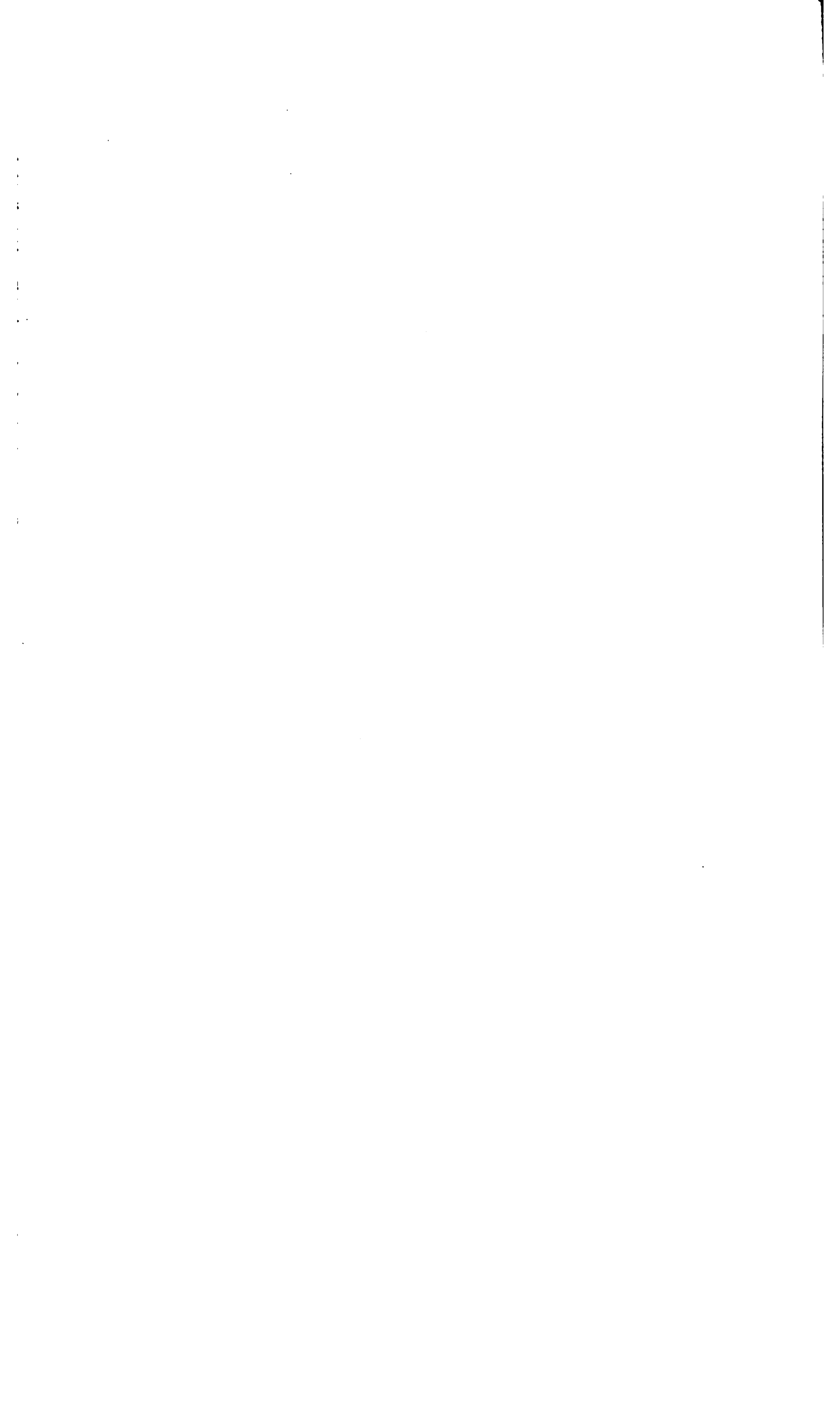
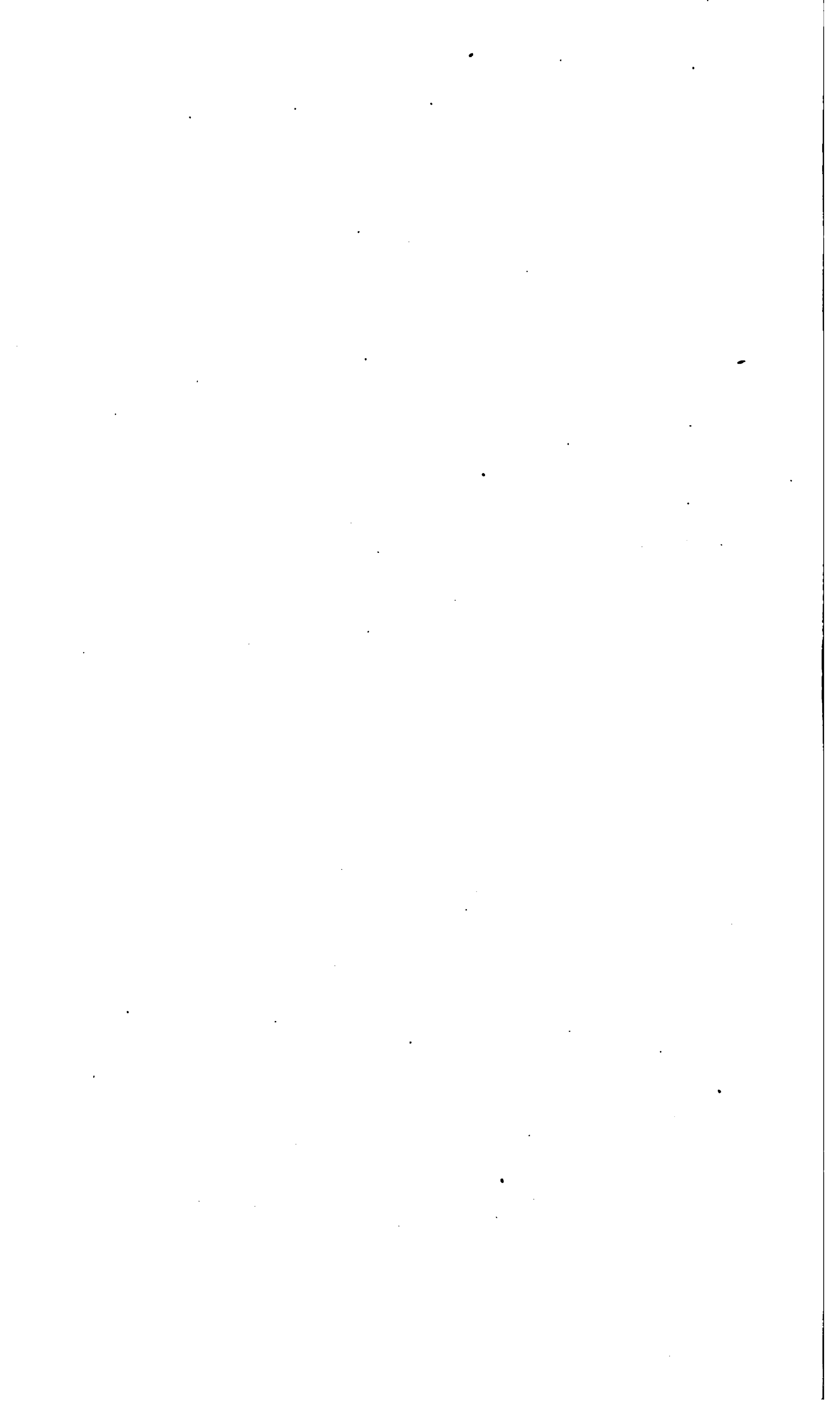



VE
RI
TAS





DIE FIDUCIA

IM

RÖMISCHEN PRIVATRECHT.

EINE

RECHTSGESCHICHTLICHE UNTERSUCHUNG

VON

PAUL OERTMANN,

DR. IUR.

8.

BERLIN.

VERLAG VON J. GUTTENTAG

(D. COLLIN)

1890.

Forty
O

Rec. April 10, 1899

Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Geh. Justizrath Professor Dr. Ernst Eck

zu Berlin

in dankbarer Ergebenheit

zugeeignet.

Vorwort.

Zu dem Versuche, im Nachstehenden ein Bild der altrömischen «Fiducia» zu entwerfen, bestimmt den Verfasser vornehmlich der Umstand, dafs der sonst so breite Strom romanistischer Litteratur unserer Zeit dies altehrwürdige Institut römischen Rechtslebens, von einigen verdienstlichen Specialarbeiten über einzelne Fragen abgesehen, bislang kaum anders als mit wenigen gelegentlichen Wellenschlägen bespült hat.

Es mufs das als eine seltsame Unterlassungssünde unserer Wissenschaft bezeichnet werden. Denn mag auch die Fiducia ein aller praktischen Bedeutung bares Gebilde der Vorzeit sein, so ist doch das historische Interesse an der Aufhellung der ältesten Form römischen Realkredits ein erhebliches. Noch mehr! eine gröfsere Klärung unserer Anschauungen über das gesamte Pfandrecht der Römer erheischt gebieterisch, dafs wir die Entwicklung desselben von der Wurzel an genau beobachten. Schon vor einem Menschenalter hat denn auch Dernburg in seinem «Pfandrecht» Veranlassung genommen, den Mangel ausreichender Litteratur über unseren Gegenstand lebhaft zu beklagen. Und seitdem ist es kaum anders geworden: so sehr auch die, bisher bei der Unvollständigkeit des Quellenmaterials überaus lückenhafte Kenntnis vom Wesen der Fiducia in jüngster Zeit gefördert ist — wir erinnern an die Auffindung mehrerer Pfandurkunden und die ihnen zu teil gewordene Interpretation, sowie an Lenels Forschungen in den Ediktskommentaren — so fehlt es uns doch auch gegen-

wärtig noch an einer vollständigen, systematischen Darstellung unseres Gebildes; noch heute ist man gezwungen, sich seine Kenntnis desselben aus einzelnen, zusammenhanglosen Aufsätzen hervorzusuchen.

Gerade dieser Lücke möchte der Verfasser mit seiner Arbeit abzuhelfen trachten. So sehr er sich auch sonst der ihr jedenfalls anhaftenden Mängel bewufst ist; so fern ihm die Anmafsung liegt, etwas Abschliefsendes über eine spröde, ihm als Anfänger in der Wissenschaft doppelt schwierige Materie liefern zu wollen, so sehr glaubt er andererseits gerade um dieses Zweckes und um dieser Schwierigkeit willen auf eine nachsichtige Beurteilung seiner Schrift rechnen zu dürfen.

Berlin, im Januar 1890.

Dr. Paul Oertmann.

Inhalt.

Seite.

Kapitel III. Die rechtliche Wirkung des Fiduciargeschäftes: A.

Kapitel IV. B. Die obligatorische Wirkung.

Kapitel V. Die processualische Geltendmachung.

Kapitel VI. Die Beendigung der fiducia.

Einleitung.

Es ist eine oftmals beobachtete Erscheinung, dafs die Anfänge des Rechtslebens und Verkehrs sich durch eine Unbiegsamkeit, ja Schwerfälligkeit der Geschäftsformen kennzeichnen, welche unseren modernen Anschauungen seltsam und fernliegend deucht. Zumal den Laien, der von der guten alten Zeit zu schwärmen liebt und bei unseren Altvordern in dem Satze «ein Mann, ein Wort» die vollkommenste Freiheit von aller Form anerkannt wähnt, mag das befremdlich anmuten. Aber für den tiefer dringenden Blick des Forschers verliert diese Beobachtung alsbald ihre Rätsel, er wird schnell erkennen, dafs sich auf jedem Gebiete menschlicher Thätigkeit, im Denken wie im Verkehr, das Konkrete, das Grobsinnliche, zuerst dem Auge und dem Verständnis aufthut. Gerade die allgemeinsten und daher inhaltlosesten Begriffe setzen von jeher der Erkenntnis den nachhaltigsten Widerstand entgegen, und mit Recht hat daher die Philosophie Hegels[1]) darauf aufmerksam gemacht, dafs die Wissenschaft dieser allgemeinen Begriffe oder «Kategorieen», die Logik, zwar in Wahrheit die erste, für die Erkenntnis aber die letzte, die tiefste Wissenschaft sei.

Und nicht anders im Rechtsverkehr! Den formlosen Verträgen und Geschäften des modernen Lebens fehlt jene Sinnenfälligkeit, jene äufsere Plastik der Erscheinungsform, wie sie dem Römer in seiner mancipatio und in iure cessio, in seinen einzelnen, katalogisierten Aktions-Formularen zu G·bote

---

[1]) cf. Kuno Fischer, Logik und Metaphysik. Aufl. II. S. 129.

standen.[1]) Gerade dies Moment macht es für den heutigen Richter oft so schwer, die ihm vorliegenden Rechtsfälle nach ihrem juristischen Gehalt auf Herz und Nieren zu prüfen, während das Publikum seine Geschäfte leicht und glatt erledigt. — Die «Mühe und Arbeit des Richters und der Parteien stehen im entgegengesetzten Verhältnis.»[2]) Nur der intensivsten, durch wissenschaftliche Vorbildung geschulten Thätigkeit des Richters will es manchmal gelingen, die Rätsel zu lösen, welche ihm die äufserlich einfachsten Erscheinungen des Verkehrs aufgeben. Heute beherrschen diesen nicht mehr juristische Formeln, sondern er hat sich umgekehrt dieselben dienstbar gemacht.

Anders im Altertum! Die durchsichtige Plastik der alten Rechtsgeschäfte erfordert eine bestimmte Individualität, die natürlich nur einem numerus clausus bestimmter Typen zukommen kann.[3]) Nicht das Geschäft als solches, sondern nur das einen bestimmten Typus an sich tragende Geschäft war des Rechtsschutzes teilhaftig. Daher sah sich der Verkehr, wenn er anders von diesem Schutz Vorteil ziehen wollte, genötigt, seine Operationen in den Rahmen dieser Geschäftstypen einzupassen, und es liegt auf der Hand, dafs damit in zahllosen Fällen ein Gegensatz zwischen formellem und materiellem Inhalt des Aktes, zwischen Mittel und Zweck herbeigeführt werden mufste. Das auf wirtschaftliche Erfolge abzielende Geschäft trennte sich vom Rechtsakt; nicht das Geschäft des Kaufs, des Darlehens, der Verpfändung waren rechtlich bedeutsam, sondern die Formalakte der mancipatio, des nexum etc. — Jene bildeten allgemeine Charaktere, zunächst jeden konkreten Inhalts bar: nam si res, sagt Cicero,[4]) suum nomen et proprium vocabulum non habet .... ut nexum, quod per libram agitur.

So gab es denn zwecks Hingabe von Sachen an andre rechtlich nur Formalakte, mancipatio und in iure cessio. Die verschiedenen Zwecke dieser Hingabe — zu Eigentum,

---

[1]) cf. Jhering, Geist d. Röm. Rechts II., 488 fg., 542 fg.
[2]) a. a. O. S. 481.
[3]) cf. Jhering, a. a. O.; Arnold, Kultur und Recht der Römer, S. 171.
[4]) de oratore III, 40; Festus s. v. nexum.

Pfand, Depositum — waren als solche irrelevant — die mancipatio übertrug Eigentum sua vi ac potestate, und damit basta.

Allein ein Mittel fand auch schon das altrömische Verkehrsleben, um diesen besonderen Zwecken bei der Sachübereignung wenigstens indirekt zu ihrem Rechte zu verhelfen; wenn zur Erzielung eines rechtlichen Erfolges schon ein Formalakt benutzt werden mufste, so konnte der konkrete Zweck doch demselben vielleicht in Gestalt einer Nebenbestimmung beigefügt werden! Indem das römische Recht dies anerkannte, schuf es das Rechtsinstitut der fiducia.

Die fiducia ist sonach gleichfalls weit davon entfernt, ein individuelles Rechtsgeschäft im modernen Sinne zu sein — das hätte dem Geist der Zeit, der sie ihre Entstehung verdankte, schnurstracks widersprochen; auch ihre Eigenart beruht auf dem Formalakt, zu dem sie gehört, während sie inhaltlich ein allgemeiner Charakter ist.

Es ist wichtig, dies gleich im Eingang unserer Darstellung zu betonen. Denn gewöhnlich fafst man den Begriff enger und sieht in der fiducia nur die älteste Form des Pfandrechts, was nicht nur einseitig, sondern für das Verständnis unseres Rechtsgebildes geradezu gefährlich ist. — Sehr richtig bemerkt Degenkolb,[1]) dafs sich die gesamten Rechtsfolgen, das materielle Rechtsgeschäft, aus der fiducia nicht herauslesen lasse. «Geht doch der Umkreis der fiducia, so eng man ihn auch umschreiben mag, jedenfalls über die sog. Pfandfiducia hinaus.»

Eine Darstellung der fiducia in der Lehre vom Pfandrecht, wie wir sie in den meisten Kompendien vorfinden, dürfte daher kaum das wahre Wesen der Sache wiedergeben. Sie ist überhaupt ein weit über den Rahmen des Sachenrechts hinausgehender Akt, ja, selbst gar nicht im stande, dingliche Wirkungen zu erzielen — ihre wesentliche Bedeutung liegt vielmehr auf obligatorischem Gebiete, in der aus ihr entspringenden actio fiduciae.

Dieser weiten Ausdehnung entspricht auch[2]) die Anwen-

[1]) Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX, S. 172.

[2]) z. B. Gaius II 60; I 115 u. s. w., Boethius zu Cic. Topica l. IV c 10, dazu Dernburg, Pfandrecht I S. 10, Keller, Z. Schr. f. geschichtl. Rechtswiss. XII. S. 400.

dung des Wortes fiducia bei den lateinischen Schriftstellern. Nicht nur auf depositum, mandatum, tutela, coemtio wird dieser Ausdruck angewendet — auch in einem noch ungleich weiteren Sinne kommt das Wort bei Livius,[1] Curtius[2]) u. a.[3]) vor. Hier erscheinen Städte, ja ganze Reiche, die jemandem anvertraut sind, als fiduciae datae. Dabei verliert das Wort natürlich jeden technischen, insonderheit privatrechtlichen Sinn — die betr. Stellen sind also für unsere jetzige Betrachtung ohne allen Wert, ebenso wie auch die bei den Longobarden und sonst im Mittelalter vorkommenden Anwendungen des Worts, bezüglich deren es genügt, auf die Darstellungen bei Voigt,[4]) Conradi[5]) und Dernburg[6]) zu verweisen.

Eine gute Übersicht der hierher und in die engere Darstellung gehörigen Stellen findet sich bei Heck (Zeitschr, d. Sav.-Stift. X, 88 fg.)

Auch sonst bezeichnet das Wort «fiducia» ein Mehrfaches — zunächst das Vertrauen selbst, welches jedes fiduciarische Geschäft mit seinem notwendigen Hinausschiefsen der — rechtlichen — Absicht über den — wirtschaftlichen — Zweck[7]) voraussetzt, dann den Akt des fiduciae dare, und zwar bald das gesamte Haupt- und Nebengeschäft, bald nur das pactum fiduciarium selbst; ja noch weiter wird die hingegebene Sache, die res fiduciae data, kurzweg als fiducia bezeichnet; cfr. Paulus Sent. rec. II, 13, § 1, 3, 4, 5; Gaius Instit. III, 201; Cicero pro Flacco c. 21; und schliefslich heifst in den Fragm. Vatic. § 37 das entstehende Forderungsrecht selbst «fiducia».

Dernburg[8]) denkt sich das so, dafs ursprünglich nur das

---

[1]) lib. II c. 24 und lib. XXXII c. 38. Philippus, magis de Argis, quam de Corintho sollicitus, optimum ratus, Nabidi, Lacedaemoniorum tyranno, velut fiduciarium dare, ut victori sibi restitueret.

[2]) Vita Alexandri V, 9 compositis rebus, iusto regi tibi fiduciarium restituet imperium.

[3]) so Hirtius, Bell. Alexandr. c. 23 (imperium Arsinoës fiduciarium).

[4]) Die Zwölftafeln II, 169.

[5]) scripta minora II, 250.

[6]) Pfandrecht I, S. 94.

[7]) cf. dazu Zitelmann (über Absicht und Zweck) Irrtum S. 116 fg., 138 fg.

[8]) a. a. O. S. 9.

pactum, später erweiternd das ganze Geschäft «fiducia» genannt worden sei. Man wird dem beistimmen müssen, namentlich wenn man die quellenmäfsigen Ausdrücke fid. cum amico, cum creditore berücksichtigt, die doch offensichtlich nur auf das pactum fiduciae Bezug haben können. Denn was verschlägt es für das Hauptgeschäft, ob der mancipio accipiens creditor, ob er amicus ist?

Abteilung I.

Das Quellenmaterial.

§ 1: a) Juristische Schriftsteller.

Die Darstellung der fiducia als eines altrömischen, der Justinianeischen Kodifikation unbekannten Rechtsinstitutes hat begreiflicherweise mit gewissen Schwierigkeiten zu kämpfen, die sich vornehmlich auf die Beschaffenheit des zu Gebote stehenden Quellenmaterials beziehen. Denn bei ihrer, einer besseren Sache würdigeren, Energie, mit der Tribonians Gehilfen alle Spuren althistorischer Rechtsgebilde auszumerzen und aus den aufzunehmenden Citaten zu tilgen beflissen waren, liefert uns das Corpus Juris direkt wenigstens für unsere Zwecke auch nicht die geringste Ausbeute. Wir sind daher genötigt, uns unsere Kenntnis von der fiducia teils aus den dürftigen Überresten der Jurisprudentia Antejustinianea, teils aus gelegentlichen Citaten nichtjuristischer Schriftsteller zu verschaffen, und erst in der neuesten Zeit hat uns ein günstiges Geschick Gelegenheit gegeben, durch Auffindung einiger alter Pfandurkunden und Nachweis einer ganzen Reihe von Interpolationen in den Digesten den Stoff wesentlich zu vervollständigen.

Bei dieser Sachlage scheint es uns angebracht, das gesamte bislang vorliegende Material zusammenzustellen, um uns so der Mühe fortwährenden Nachschlagens in vielen zerstreuten Schriften zu überheben.[1])

---

[1]) Wörtlich aufgenommen sind im Allgemeinen nur die von der vermögensrechtlichen fiducia handelnden Stellen; die übrigens viel weniger wichtige familienrechtliche ist auch im Corpus Juris noch in einigen Resten überliefert.

Zunächst liefern uns nun die erhaltenen Schriften der klassischen Juristen, namentlich Gaius und Paulus, ein relativ ergiebiges Feld für unsere Untersuchungen.

I. Gaius, Institutiones.

a) I, 115—115a (coëmtio fiduciaria.)

b) I, 140:

«Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt. Excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit.

c) I, 166 und I, 172 (fiduciaria tutela.)

d) II, 59:

Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etiam soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem.

§ 60: Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo totius nostrae res apud eum sint; et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit: nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret: quo casu lucrativa usucapio competit.

e) II, 102 (testamentum per mancipationem.)

f) II, 220:

Unde intelligimus, nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse nisi quod testatoris sit: nulla enim alia res, quam hereditaria, deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum, sed ex senatusconsulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem (per) praeceptionem legari posse

fatentur; veluti si quis eam rem legaverit quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is cui ita legatum sit.

g) III, 201:

Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, velut res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit, nihil pro herede usucapi posse. item debitor rem quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

h) IV, 33:

Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur: sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus: nec ullam adiungimus condictionis fictionem; itaque simul intelligimus, eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.

i) IV, 62:

Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae (commodati, pigneraticium, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis).

k) IV, 182:

Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi . . . . . . nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit; sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratoremve habere, item procuratorio aut cognitorio nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur.

II. Paulus, Sententiae Receptae.

a) I, 9 § 8:

Minor adversus distractiones suorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita, ut oportuit, a creditore distractae sint, restitui in integrum potest.

b) II, 4. Überschrift:

De commodato et deposito (item de) pignore fiduciave.

Die Darstellung der fiducia selbst ist in diesem Titel nicht erhalten.

c) der ganze Titel II, 13 — de lege commissoria — handelt dagegen fast ausschliefslich von der fiducia:

§ 1. Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem.

§ 2. Quicquid creditor per fiduciarium servum quaesivit, sortem debiti minuit.

§ 3. Debitor creditori vendere fiduciam non potest; sed aliis si volet vendere potest, ita ut ex pretio eiusdem pecuniam offerat creditori; atque ita remancipatam sibi rem emtori praestet.

§ 4. Si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore comparaverit, emtio non videtur, et ideo quandoque lui potest. ex hoc enim causa pignoris vel fiduciae finiri non potest.

§ 5. Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore, creditor ei denuntiare solenniter potest et distrahere: nec enim ex tali conventione fiduciae actio nasci potest.

§ 6. Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciae competit.

§ 7. Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quae impendit, iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium.

d) III, 6, § 69:

«Servis «do lego» legatis, ancillae quoque debebuntur; non item servi, legatis ancillis, sed ancillarum appellatione

tam virgines, quam servorum pueri continentur: iis scilicet exceptis, quae fiduciae data sunt.[1])

e) V, 1, § 1:

Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur. iidem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt; ex quo facto sciens creditor deportatur. Operae tamen eorum locari possunt.

f) V, 26, 4:

Creditor chirographarius si sine iussu praesidis per vim debitoris sui pignora, cum non haberet obligata, ceperit, in legem Iuliam de vi privata committet. Fiduciam vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur.

III. Consultatio Iureconsulti.

VI, 8 (lib. II sent. Paulli):

Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.

IV. Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.

a) II, 3, 1 (Papinianus lib. II definitionum):

Per hominem liberum noxae deditum si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore, qui noxae deditum accepit: sed fiduciae iudicio non tenetur.

b) X, 2, § 2:

Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in fiduciae iudicium, et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.

V. Fragmenta Vaticana.

a) § 18 (Valerianus et Gallienus a. 255 p. Chr.):

(Licet creditor res sibi fiduciae datas mala fide vendiderit, si tamen) secundum ius in faci(enda venditione ver-

---

1) Krüger: qui . . . dati sunt.

satus est, non debent emto)-res inquietari, sed actione fidu(-ciae adversus creditorem agendum est).

b) § 37 (Valentinianus, Valens und Gratianus.)

.... videlicet iactando, numquam .... fiduciam sibi esse servatam .... obnoxia comparator accedit .... num; proinde posthac saltim .... fraudesque talia dissemina .... eradicentur, nullus aditus fictis c ... dolis relinquatur ingenui. ....

c) § 94 (Paulus lib. VII resp.):

(Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa) fiduciae ablatus est; quaero, an mulier, si aestimationem dotis repetat, exceptione submovenda sit? ait enim, se proptera non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non extiterit. Paulus respondit: pro praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti doli mali exceptionem obesse; quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur. Poterit mulieri prodesse hoc, quod ait, se patri heredem non extitisse, si conveniretur, amplius autem et consequi eam pretium fundi evicti, evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.

d) § 252a (Papin. lib. XII resp.):

.... factum praedio neque manci(pato) .... habuisse. Respondi, nec fideicommiss .... in aede sacra aeditu .... toris post mortem suam .... post mortem suam .... r(edd)itam .... (r)ationem .... vit, quod ne fiduciae daretur .... num accepit, perveniret, qui ....

e) § 334 ....

Iulianus, et si m(eo creditori, oblata et deposita pecunia, procu)rator denuntiet, n(e fiduciam distrahat, hoc modo mihi per eum) fiduciae actionem (quaeri ait. Sed verius tantum ius nostrum per eum) retinemus) velut si m(aritum dotis nomine postulet, vel si sponsorem) conveniat intra bien(nium; sed et si opus novum nuntiaverit, ubi interdictum) nobis utile est Quod vi aut (clam. · Plane tunc et obligat nobis reum procurator) et acquirit actionem, si cui nostro nomine pecuniam mutuam det).

VI. Von Gesetzbüchern gehört hierher nur eine einzelne Stelle aus dem Codex Theodosianus (l. 9 C. Th. XV, 14) von

Arcadius und Honorius aus dem Jahre 395 p. Chr. Diese erklären darin eine Reihe von unter dem Tyrannen Eugenius vorgenommenen Rechtsakten für gültig und erwähnen dabei die fiducia mit den Worten «fiduciae obligatio perseveret».

Im Corpus Iuris selbst sind uns nur einige Stellen über die tutela fiduciaria erhalten, namentlich in den Institutionen, die unten noch zu erwähnen sind.

§ 2. b) Nichtjuristische Schriftsteller.

I. Von anderen Autoren kommt hier hauptsächlich Cicero in Betracht, der an zahlreichen Stellen seiner Reden und Abhandlungen sich über die fiducia verbreitet:

1. De officiis III, 15, § 61:

Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut in tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria, et sine lege iudicia in quibus additur «ex fide bona». Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae «aequius melius», in fiducia «ut inter bonos bene agier.» Quid ergo .... cum dicitur «ut inter bonos bene agier», quicquam agi dolose aut malitiose potest?

2. De off. III, 16, § 65:

Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret, a iureconsultis etiam reticentiae poena est constituta.

3. das. III, 17, § 70:

Nam quanti verba illa «uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem», quam illa aurea: «ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione»! Sed qui sint boni et quid sit bene agi, magna quaestio est. Qu. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur, «ex fide bona», fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis sta-

tuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

4. De natura deorum III, 30, § 74:

«. . . . Inde tot iudicia de mala fide, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae.»

5. Topica c. V § 28:

«Abalienatio est eius rei, quae mancipi est, aut traditio nexu aut in iure cessio, inter quos ea iure civili fieri possunt.»

6. das. c. X § 42:

Si (scil. fidem praestare debet) qui fiduciam accepit, debet etiam procurator.

7. das. cap. XVII § 66:

In omnibus igitur iis iudiciis, in quibus «ex fide bona» est additum, ubi vero etiam «ut inter bonos bene agier», inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est, «quod (eius) aequius melius», parati esse debent.

8. Epistolae ad familiares VII, 12 (ad Trebatium).

: . . Ubi porro illa erit formula fiduciae ut inter bonos bene agier oportet.

9. Auf die tutela fiduciaria geht die Stelle in der Rede pro Murena XII § 27:

Mulieres omnes propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt: hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur.

10. pro Qu. Roscio Comoedo VI, § 16:

. . . Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, cui se in negotio coniunxit.

11. pro S. Roscio Amerino c. XI, § 116:

«Ad cuius igitur fidem confugiet (debitor), quum per eius fidem laeditur, cui se commiserit?»

12. pro Flacco c. XXI, § 51:

Abduxisti Temno Apollonidem, pecuniam adoles-

centulo grandi foenore, fiducia tamen accepta, occupavisti. Hanc fiduciam commissam tibi dicis: tenes hodie ac possides. Eum tu testem spe recuperandi fundi paterni venire ad testimonium dicendum coëgisti.

13. pro Caecina cap. III § 7:

Qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior? «Est enim turpe iudicium.» Et facto quidem turpi.

II. Erhalten ist uns ferner eine Notiz über die fiducia aus des Boëthius Werk über Ciceros Topica. (lib. IV ad c X, § 41):

«Fiduciam accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam remancipet: velut si quis tempus dubium timens, amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus, quod suspectum sit, praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominabatur, idcirco quod restituendi fides interponitur.»

III. Ferner gehört hierher eine Stelle aus Tertullians Idololatria, c. 23:

«pecuniam . . . . mutuantes vel pignoribus fiduciati.»

IV. Ebenso eine Bemerkung des heiligen Ambrosius (de Tobia cap. XII)

«hypothecas flagitat, pignus usurpat, fiducias vocat.»

V. Weiter ist zu erwähnen ein Satz des Sidonius Apollinaris, Bischof von Clermont in der Auvergne, † 484 p. Chr. — Epist. lib. IV ep. 24:

«pecuniam mutuam postulavit impetravitque, nihil quidem loco fiduciae pignorisque vel argenti sequestrans, vel obligans praedium.»

VI. Zum Schlufs ist hier eine Stelle aus den Origines des heiligen Isidorus (V, 25 § 23) anzuführen:

«Fiducia est, quum res aliqua sumendae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur;»

und mit einiger Sicherheit kann man auch den § 17 daselbst auf die fiducia beziehen:

«Precarium est, dum prece creditor rogatur permitti, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.»

§ 3: c) Erhaltene Gesetze und Urkunden.

I. Hierher gehört ein Satz aus der lex Iulia municipalis, welche uns bekanntlich durch die tabula Heracleensis überkommen ist (das. 112):

«quei iudicio fiduciae, pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum, deve dolo malo condemnatus est erit.» [1])

II. Eine ganz ähnliche Bestimmung finden wir im fragmentum Atestinum: [2])

(quei post hanc legem rogatam in eorum quo oppido municipio colunia praefectura foro vico ... in iudicium fiduciae aut pro socio aut) mandati aut tutelae suo nomine quodve ipse earum rerum quid gessisse dicetur, adducetur.»

Hierzu sei die Bemerkung gestattet, dafs das Atestinum nach Mommsen [3]) wahrscheinlich ein Stück aus der lex Rubria de Gallia Cisalpina ist, eine Hyphothese, gegen die Karlowa [4]) freilich u. E. mit Recht Widerspruch erhoben hat. Jedenfalls aber geht aus dem eigenen Inhalt des fragmentum — und das ist für unsere spätere Darstellung von Belang — hervor, dafs es jünger ist als das im Jahre 705 a. u. c. erlassene Plebiscit, wodurch die ganze Gallia Cisalpina das römische Bürgerrecht erhielt.

III. Von Privaturkunden über die fiducia war bis vor kurzem nur bekannt eine Marmorinschrift, in der es heifst: [5])

« .... et praecepit heredibus, ne quis extraneum vellit ponere vel venumdare vel fiduciare vel donum dare vel ullo modo alienare»;

sowie eine andre:

« .... ne veneat, ne fiduciare liceat, nec de nomine exire liceat secundum sententias pontificum.» (Bruns S. 307 N. 7.) [6])

IV. Ungleich wichtiger als alle genannten ist eine neuere, i. J. 1867 in Spanien an der Mündung des Guadalquivir in

---

[1]) Diese und die folgende Stelle beziehen sich auf die mit jener iudicia entsprechende Infamia bezw. den damit verbundenen Ausschluss von Gemeindeämtern.

[2]) cf. Bruns-Mommsen S. 100 (dort ergänzt).

[3]) Hermes XVII, S. 24.

[4]) Röm. Rechtsgesch. I S. 442—443.

[5]) Corpus Inscript. Latin. VI, 1, inscr. 3554.

[6]) cf. auch die ähnliche No. 8 das.

der Nähe der Stadt San Lucar di Barrameda gefundene Urkunde aus dem 1. bis 2. Jahrhundert nach Christo, die vielfach[1]) abgedruckt und von Degenkolb,[2]) Rudorff[3]) und Krüger[4]) genau besprochen ist. Hinsichtlich der Einzelheiten mag, soweit sie nicht direkt zu unserem Thema gehören und daher hier besprochen werden, besonders auf Degenkolb's Untersuchungen verwiesen werden.

Der Wortlaut der Urkunde ist nun folgender:[5])

«Dama L. Titi ser(vus) fundum Baianum qui est in agro qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusq(ue) esset H S (sestertio) n(ummro) I (uno) et hominem Midam H S (sestertio) n(ummo) I fidi fiduciae causa mancipio accepit ab L. Baianio libripend(e) — antest(ato) —. Adfines (f)undo dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet.

Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi ser(vum) et L. Baian(ium): quam pecuniam L. (Titius L.) Baian(i)o dedit dederit credidit crediderit, expensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit spopondit (spoponderit) fideve quid sua esse iussit iusserit, usque eo is fundus eaque mancipia fiducia(e) essent donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua quaque die L. Titio h(eredi)ve eius data soluta non esset tum uti eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet L. Titius h(eres)ve eius vellet, ubi et quo die vellet pecunia praesenti venderet. Mancipio pluris H. S. (sestertio) n(ummo) I (uno) invitus ne daret neve satis secundum mancipium daret neve ut in verba quae in verba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet repromitteret neve simplam neve (duplam) ....»

Es ist nun sehr bestritten, ob wir in der Erztafel ein allgemeines Formular oder eine Urkunde über ein

---

[1]) Corpus Inscr. Lat. II, 700, inscr. 5042; Dernburg, Pandekten I, 639, Bruns S. 251.

[2]) Z. Schr. f. Rechtsgesch. IX, 117 fg.

[3]) Das. XI S. 52 fg.

[4]) Kritische Versuche S. 41—58.

[5]) Der Wortlaut ist der von Degenkolb a. a. O., nach Verbesserung der vorhandenen Lücken und Fehler, festgestellte, die eingeklammerten Buchstaben sind ergänzt.

konkretes Geschäft zu suchen haben. Das erste ist die vorherrschende Meinung und wird verfochten von Bruns-Mommsen,[1]) Karlowa[2]) und Krüger;[3]) die zweite Ansicht vertritt, freilich mehr zweifelnd, Degenkolb.[4]) Letzterer macht geltend die Häufung von Ungenauigkeiten und Fehlern in der Redaktion der Tafel, den in derselben enthaltenen Widerspruch in der Bezeichnung der fiducierten Gegenstände, (zuerst ein fundus und ein Sklave, nachher mancipia) die ungenaue Bezeichnung der mitwirkenden Personen, die teils wie libripens und antestatus nicht genannt seien. Alle diese Widersprüche wiesen eher auf ungenaue Benutzung eines Schemas, als auf ein Originalschema selbst zurück.

Hiergegen hat sich Karlowa a. a. O. sowie auch Rudorff[5]) gewendet. Für das Schema sprechen nach ihnen die vorkommenden Namen (Titius, Seius u. s. w.) welche auch sonst bekanntlich als Blankettnamen verwendet werden; ferner die Offenlassung der Namen des libripens und antestatus, welche bei einer Geschäftsurkunde kaum erklärlich ist. Auch die Namen der Ortschaften — Veneriensis von «Venus», fundus Baianus von «Baiä», dem berühmten Luxusbad der Römer, kommen dafür in Betracht. Am entschiedensten aber spricht für das Schema die Zahl der Widersprüche, welche in einem kontreten Vertragsinstrument geradezu undenkbar gewesen wären.

In der That erscheint auch uns diese Beweisführung durchschlagend. Welcher Kontrahent wird wohl bei einem Geschäft von erheblicher Bedeutung wie es die Fiduziierung mehrerer Sklaven doch zweifellos ist, die beispiellose Liederlichkeit an den Tag gelegt haben, nicht einmal genau auf die Objekte des Vertrages zu achten? Das setzte eine Indolenz in ökonomischen Dingen voraus, die wir den Römern, dem klassischen Volke des Egoismus, am allerwenigsten zutrauen dürfen. Schwer einleuchten will uns, ein derartiges Verfahren auf Kosten der ungeschickten Benutzung eines Schemas zu

---

[1]) a. a. O.
[2]) Röm Civilprocess S. 135; Röm. Rechtsgesch. I S. 789.
[3]) a. a. O. S. 44.
[4]) a. a. O. S. 121.
[5]) a. a. O. Z. Schr. f. R.-Gesch. XI, 7, 8.

setzen; ein so sinnloses Benehmen ist nicht ohne zwingende Gründe anzunehmen. Dagegen bei einem Schema kam es auf die Einfügung bestimmter Personen- und Ortsnamen gar nicht an; wenn man sie inserierte, so geschah das nur, um das Formular plastischer und damit dem grofsen Publikum verständlicher zu machen; die Individualität der Namen war dabei Nebensache und eine besonders sorgfältige Redigierung derselben erschien hier weniger unumgänglich. Bedeutsam fällt auch noch das «et si quos dicere oportet» in die Wagschale, das bei einer konkreten Urkunde nur eine nichtssagende Phrase wäre, dagegen im Formular seinen guten Sinn hat, nämlich die einzelnen Kontrahenten auf möglichst genaue Individualisierung der verpfändeten Grundstücke hinzuweisen. Auch die massenhafte Häufung der Obligationsarten, für welche die fiduciae datio gelten soll, spricht vielleicht hierfür — sie soll darauf hinweisen, dafs eine derartige Verpfändung bei allen möglichen Kategorieen von Forderungen am Platze ist!

Auch dürfte es eine seltsame Praktik sein, seine Rechtsgeschäfte auf Erztafeln statt der ungleich bequemeren, sonst gebräuchlichen Wachstafeln (z. B. die unten zu erwähnenden Urkunden von Pompeji) zu verewigen, was bei einem dauernden Schema gerade umgekehrt ist.

Wohl kaum mit Unrecht meint Karlowa, dafs die Tafel in Italien angefertigt und von dort nach Spanien herübergebracht worden sei. Hier habe sie dann wahrscheinlich ein Beamter oder Geschäftsmann in seinem Lokale ausgestellt gehabt. Hierfür läfst sich noch die Thatsache anführen, dafs um jene Zeit einzelne römische Kolonieen mit ius Italicum in Spanien bestanden und es wünschenswert erschienen sein mag, diesen fern von der Hauptstadt weilenden cives Romani das ius civile möglichst mundgerecht zu machen.

V. Endlich gehört auch noch hierher eine neuerdings i. J. 1887 zu Pompeji aufgefundene Geschäftsurkunde aus Wachs vom Jahre 61 p. Chr. Um die Interpretation und Ergänzung derselben hat sich verdient gemacht, aufser den Italienern Aldobrandi und Scialoja, Eck in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Bd. IX S. 60 fg. (Roman Abt.). In dieser — eigentlich aus mehreren äufserlich selbständigen Be-

standteilen bestehenden — Urkunde ist nun zwar, soweit sie uns erhalten, das Wort fiducia nicht verwendet; auch ist zuzugestehen, dafs ihr Inhalt nicht ohne weiteres auf unser Rechtsgebilde gedeutet zu werden braucht. Ja, es liegt auf den ersten Blick fast näher, dabei an einen Kauf mit pactum hypothecae zu denken, und dafs das Fragment einen solchen enthalten, ist denn auch das Ergebnis von Aldobrandi's und Scialoja's Untersuchung.

Zu einem anderen Resultat gelangt Eck. Er macht zunächst darauf aufmerksam, dafs die beiden ersten Täfelchen, schon nach Mommsen's Vermutung, ein Diptychon gebildet haben, was sich aus der Gleichheit der in beiden auftretenden Personen und Sachen, sowie aus der nur bei der zweiten Tafel gethätigten Datierung ergebe. Laut der ersten Tafel nun ist, das sehen wir sofort aus den erhaltenen Überresten, von einer mancipatio zweier Sklaven die Rede, welche eine gewisse Dicidia Margaris «singula sestertiis singulis emit ob sestertios» von einer Freigelassenen Namens Poppaea Note.

In der zweiten wird gehandelt von einer Schuld der einen Kontrahentin an die andere. Letztere bedingt sich das Recht aus, dafs sie bei nicht geschehener Zahlung an den Kalenden des November beide Sklaven Idibus Decembribus auf dem Forum zu Pompeji verkaufen dürfe, und zwar mit Vorbehalt einer Restforderung für den Fall eines etwaigen Mindererlöses (si quo minoris ea mancipia venierint . . . .)

Es bleiben bei diesem Inhalt der Urkunden die beiden bereits gedachten Möglichkeiten — Kauf mit pactum hypothecae oder fiduciae datio. Für das erstere spricht, wie die beiden italienischen Autoren geltend machen und auch Eck zunächst anerkennt, das Wort emit, das Fehlen der Bezeichnung «fiduciae» hinter «mancipatio» und das eines besonderen Fiduciarvermerkes. Indes kann das nicht entscheidend sein. Auch sonst finden wir im römischen Recht Beispiele von einer derartig unpräcisen Ausdrucksweise der Kontrahenten — z. B. in l. 39 D. de pign. act. XIII, 7 gebraucht ein testator gleichfalls das Wort «emi» mifsverständlich für eine zum pignus (bezw. fiducia) erhaltene Sache.[1]) Noch weniger kann jenes

---

[1]) Eck, a. a. O. S. 75 fg. cf. auch Festus s. v. venditores.

Fehlen einzelner Worte bei der grofsen Lückenhaftigkeit der Überreste in die Wagschale fallen.

Auf der anderen Seite spricht eine Anzahl von Umständen, wie Eck unseres Erachtens unwiderleglich nachgewiesen hat, so entscheidend für ein pactum fiduciae, dafs alle Zweifel schwinden müssen.

Zunächst beruft sich Eck, dessen Begründung wir uns nur ohne weiteres anschliefsen können, auf den dritten Bestandteil des Pompejanischen Fundes, ein aus drei Täfelchen bestehendes, vermutlich ehemaliges Triptychon.[1]) Hierin fungiert Dicidia Margaris als Gläubigerin, und es liegt nahe, diese Urkunde mit den übrigen, in demselben Gelafs gefundenen zu vereinigen, zumal die Worte der Urkunde B «supra haec inter eas convenerunt» auf das Vorhandensein weiterer zugehöriger Verhandlungen hindeuten.

Die Ausdrucksweise ferner der Tafel A «emit ob sestertios» würde mit den grammatikalischen Regeln in Konflikt geraten, wenn dadurch der sonst stets im Ablativus erscheinende Kaufpreis hätte ausgedrückt werden sollen, wogegen die Bezeichnung «ob debitum» für die Schuld, deretwegen verpfändet wird, geradezu technischer Ausdruck ist.[2])

Auch ist der Gedanke einer mancipatio mit Vorbehalt des Pfandrechts im Gegensatz zu der formlosen emtio etwas überaus Fernliegendes, fast juristisch Unmögliches,[3]) während bei der fiducia die mancipatio direktes Erfordernis bildet.

Wegen der mitgefundenen Schuldurkunde mufs man des weiteren annehmen, dafs die ganze Kollektion der in der letzteren als Gläubigerin aufgeführten Dicidia Margaris gehört habe, und eine Pfandurkunde der Verpfänderin auszuhändigen, wäre doch zum mindesten etwas seltsam.

Zur Annahme eines Verkaufes pafst wenig der angeführte Eid «sua esse», der für die fiducia wegen der hier wahrscheinlich fehlenden gesetzlichen Haftung der Verpfänderin

---

[1]) Das. S. 61.

[2]) cf. z. B. l. 8 § 5, 9 § 1, 39 D. XIII, 7.

[3]) Nur einmal in den Quellen in l. 1 § 4, l. 2 D. XXVII, 9.

für Eviktion zwecks Supplierung der mala fides derselben von Bedeutung sein konnte.[1])

Als Kaufpreis ist ferner «nummus unus» ausbedungen, und wenn auch zugegeben werden mufs, dafs trotz dieser Form ein wahrer, nur gewissermafsen verschleierter Kauf vorgelegen haben kann, so schlofs das doch mindestens die actio auctoritatis aus, und einen Verzicht der Käuferin auf diese dürfen wir um so weniger annehmen, als sie doch andererseits durch den Eid vermutlich ihren etwaigen Ersatzansprüchen eine festere Basis zu geben versuchte.

Wenn sonach die Beziehung der Tafeln A und B auf eine fiducia festgestellt erscheint, erübrigt nur noch, den Wortlaut derselben anzugeben. Die eingeklammerten Worte und Buchstaben bezeichnen dabei die von Eck — nach seinen eigenen Worten nicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Wortlauts, sondern nur zur Veranschaulichung des mutmafslichen Inhalts — eingeführten Ergänzungen.

I. Poppaea Prisci liberta Note iuravit pueros Simplicem et Petrinum, sive ea mancipia aliis nominibu(s) sunt, sua esse seque possidere, neque ea mancipia (vel u)nu(m) ulli obligata esse neque sibi cum ulo com(munia) esse, eaque mancipia singulis sestertis nu(mmis sin)gulis Dicidia Margaris emit ob seste(rtios n. ∞ L D et) mancipio accepit de Poppea Prisc(i liberta Nota?) tutore auctore A. Caprasio A . . . . libripende et in singula P. C. . . . . . (an)testata est in singula . . . . (et Dicidia Margaris cum) Poppea Prisci lib(erta Note pactum fecit in hunc modum:) uti ea mancipia (apud me heredemve meum usque eo)

II. (f)idu(ciae sint, donec pecunia suprascripta, ob quam e(mi) ea(dem) pro duobu(s mancipiis probis nummis o)mnis mihi ere(dive meo soluta et puer uterque redemtus liber)atusve erit. Si ea pecu(nia omnis mihi heredive meo K. Novem (br.)primis solu(ta non erit, ut mihi heredive meo liceat) ea mancip(ia i)dibus D(ecembr. primis pecunia praesenti) Pompeis in foro luce pagan(is praesentibus vendere, neve) tibi eg(o)neve

[1]) cf. l. 16 § 1 D. XIII, 7, l. 4 D. XLVII, 20: «de periurio, si sua pignora esse quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit».

heres me(us teneamur proptere)a, si me(cum) de dolo malo ea ven(ditione commisso lit contes)tatur.

Si quo minoris e(a) mancipia did venie(rint, id deducetur de sorte; invi)cem d(e)bebun(t)u(r) mihi herediv(e meo quae reliqua erunt. Quod si pluris) ea mancipia ada veni(erint id quod superfluum erit, reddetur tibi h)ered(ive tuo . . . . . ea pecunia . . . . Utique ea mancipia sumtu impu(tato in debitum luantur) id mihi tecum convenit u (Praesentes fuerunt Dicidi(a Margaris, Poppea (P)risci lib. Note, tuto(r A. Caprasiu)s Aper. Supra hec inter eas conveneru(nt, quae separatim pactae) inter se sunt. Ac(t.) Pompeis IX K . . . . . Cos. L. Iunio Caesennio (Paeto) P. Calvisio Rusone.

§ 4: d) Interpolierte Stellen aus dem Corpus Juris.

Während, wie erwähnt, die Kodification uns direkt so gut wie gar keine Ausbeute für unsere Forschungen gewährt, zumal die tit. Inst. I, 19 besprochene fiduciaria tutela mit der eigentlichen fiducia kaum mehr als den Namen gemein hat, finden sich dafür in den Digesten eine Reihe von Stellen, erklärlicherweise vornehmlich aus tit. XIII, 7 de pigneraticia actione, bei denen die ursprüngliche Beziehung auf die fiducia trotz aller Interpolation noch mit mehr oder weniger grofsen Bestimmtheit nachweisbar ist. Während man bis vor kurzem nur einzelne bunt zusammengewürfelte Fragmente dieser Art mutmafste — eine Aufstellung giebt z. B. Arndts in seinen Pandekten (§ 366) — hat neuerdings Lenel[1]) systematisch vorgehend bei einer grofsen Anzahl von Stellen die Interpolation nachgewiesen.

I. Lenel geht davon aus, dafs ein Teil der scheinbar von der actio pigneraticia handelnden Pandektenfragmente aus Ulpians, Paulus, Gaius und Julians Ediktskommentaren dem 28., 29., 9. bezw. 11. Buch, ein anderer Teil dagegen dem 30., 31., 10. bezw. 13. Buch jener Werke entnommen ist; — ein Umstand, der bei der jenen Römischen

---

[1]) Z. Schr. d. Sav. Stift. f. Rechtsgesch. R. A. III, 104 fg.; Edictum Perpetuum S. 232; neuerdings Palingenesia.

Juristen sonst doch eigenen Gleichmäfsigkeit und systematischen Genauigkeit überaus auffallend erscheint. Nun wird in den letztgedachten vier Büchern nachweislich sonst von der actio depositi gehandelt, die übrigens, wie wir hier vorausschicken dürfen, mit der actio fiduciae den Ursprung gemein und auch sonst eine ihr ähnliche Struktur hat. Mit Recht folgert nun Lenel, dafs jene Bücher ursprünglich, der Ordnung des edictum perpetuum entsprechend, die Lehre von der fiducia und dem depositum behandelt haben werden und daher alle aus ihnen überlieferten Stellen, soweit sie sich nicht über das depositum verhalten, auch die fiducia zum Gegenstand gehabt haben müssen. Die einzelnen dieser Stellen sind nun folgende:[1])

1. aus Ulpian lib. XXX ad edictum:

a) l. 22 D. XIII, 7:

Si fiducia subrepta furti egerit creditor, totum quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur, et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum, videamus: et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum, et ita Papinianus libro nono quaestionum ait.

§ 1: Idem Papinianus ait et si metus causa servum fiduciae datum debitori remancipaverit, quem bona fide fiduciae acceperat: nam si egerit quod metus causa factum est et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituet ex eo quod consecutus est nec debito imputabit.

§ 2: Si praedo rem fiduciae dederit, competit ei et de fructibus fiduciae actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumti condici): proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.

---

[1]) Der ursprüngliche Wortlaut ist dabei thunlichst hergestellt; die betr. Worte sind gesperrt gedruckt.

§ 3: Si post distractam fiduciam debitor, qui precario rogavit vel conduxit fiduciam, possessionem non restituat, contrario iudicio tenetur.

§ 4: Si creditor, cum venderet fiduciam, duplam promisit (nam usu hoc evenerat) et conventus ob evictionem erat et condemnatus, an haberet regressum fiduciae contrariae actionis? et potest dici esse regressum, si modo sive dolo et culpa sic vendidit et ut paterfamilias diligens id gessit: si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.

b) l. 24 das.

Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut fiduciam possideret, eaque evicta esset, an habeat contrariam fiduciae. et videtur finita esse fiduciae obligatio et a contractu recessum. immo utilis ex emto accomodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit et compensationem habere potest creditor, si forte fiduciae vel ex alia causa cum eo agetur.

§ 1: Qui reprobos nummos solvit creditori, an habeat fiduciae actionem quasi soluta pecunia, quaeritur: et constat neque fiduciae eum agere neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis.

§ 2: Si vendiderit quidem creditor fiduciam pluris quam debitum erat, nondum autem pretium ab emtore exegerit, an fiduciae iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel expectare debeat, quoad emtor solvat, vel suscipere actiones adversus emtorem? et arbitror non esse urguendum ad solutionem creditorem, sed aut expectare debere debitorem aut, si non expectat, mandandas ei actiones adversus emtorem periculo tamen venditoris. quod si accepit iam pecuniam, superfluum reddit.

§ 3: In fiduciae iudicio venit et si res fiduciae datas male tractavit creditor vel servos debilitavit. plane si pro maleficiis suis coercuit vel vinxit vel obtulit prae-

fecturae vel praesidi, dicendum est fiduciae creditorem non teneri: quare si prostituit ancillam vel aliud improbatum facere coegit, ilico fiducia ancillae solvitur.

c) l. 3 D. XVIII, 3 de lege comm.

Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus.

Eine direkte Interpolation ist hier schwerlich anzunehmen; Ulpian wird, wie Lenel[1]) hervorhebt, die Analogie des Kaufs herangezogen haben, um eine gleiche Bestimmung für die fiducia zu rechtfertigen.

d) l. 45 D. L, 17 de reg. iur.

Neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio rei suae consistere potest.

§ 1. Privatorum conventio iuri publico non derogat.

Diese Stelle ist schon früher auf die fiducia bezogen worden, so von Conradi und v. Bassewitz in ihren Dissertationen. Welcher Art die Beziehung auf diese aber gewesen sein mag, ist eine ziemlich müſsige Frage; cfr. darüber Lenel a. a. O. S. 113.

2) Paulus lib. XXXI ad edictum.

a) l. 25 D. XIII, 7:

Si servos fiduciarios artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. sicut enim negligere creditorem dolus et culpa quam praestat non patitur, ita nec talem efficere rem fiduciae datam, ut gravis sit debitori ad reciperandum: puta saltum grandem fiduciae datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum fiduciae excoluisti sic, ut magni pretii faceres. alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum derelinquere. medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur.

---

[1]) S. 112.

Bei dieser Stelle ist die falsche Inskription (idem = Ulpian statt Paulus) zu bemerken, worüber zu vergleichen Lenel E. P. S. 232.

b) l. 31 D. XLI, 1.

numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

Der § 1 dieser lex, welcher vom thesaurus handelt, gehört zweifellos nicht hierher und auch die Beziehung des «berühmten» principium auf die fiducia anstatt auf das gleichfalls lib. 31 behandelte depositum ist mindestens zweifelhaft; darüber unten das Nähere.

c) l. 12 D. XLVI, 2 de novat.

Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis is videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset, et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget fiduciae iudicio. [1])

Als Inhalt dieser schwierigen Stelle mufs man sich folgendes denken: Jemand, der einem andern unter einer fiducia etwas schuldet, delegiert dem Gläubiger seinen Schuldner, während letzterem gegen die betr. Klage die exceptio doli zusteht. Promittiert der Drittschuldner nun trotzdem dem Delegaten, so haftet er jedenfalls; ist ihm aber die ihm zustehende exceptio unbekannt gewesen, so kann er das Geleistete bezw. zu Leistende vom Deleganten mit einer condictio certi bezw. incerti zurückverlangen. Der Gläubiger gilt nun aber seinerseits für befriedigt und es kann daher der Schuldner die res fiduciae data mit der actio fiduciae directa (Justinian: «mandati») zurück verlangen.

---

[1]) cf. über ds. Stelle v. Salpius, Novation u. Delegation S. 64 fg.; Lenel a. a. O. S. 116.

3) Gaius lib. X ad edict. prov.

l. 46 D. L. 17 de R. I.

Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur.

Hinsichtlich des Inhalts dieser Stelle ist zu vergleichen l. 22 § 1 cit.

4) Iulianus lib. XIII ad ed.

a) l. 40 D. XII, 2 de iurei.:

Iusiurandum a debitore exactum efficit, ut fiducia liberetur: est enim hoc acceptilatione simile; perpetuam certe exceptionem parit. idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet et solutum repeti potest, utpote cum interposito eo ab omni controversia discedatur.

Ein Eid des Fiduciarschuldners, so haben wir uns den Inhalt dieses Fragments zu denken, begründet für denselben die actio fiduciae, bezw. gegen den klagenden Gläubiger eine exceptio; auch die etwa stipulierte Konventionalstrafe wird beseitigt.[1])

b) l. 14 pr. D. XVII, 1 mand.

Heredem fideiussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est. sed si vendiderit hereditatem et emtor solverit, an habeat mandati actionem, quaeritur. et Iulianus libro tertio decimo scribit idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex emto, ut praestet actiones suas, idcircoque competere ex emto actionem, quia potest praestare.

In dieser Stelle läſst sich allerdings keine klare Beziehung zur fiducia ersehen, weshalb nicht ausgeschlossen erscheint, daſs das Citat lib. XIII auf einem Schreibfehler beruhe (statt lib. XIV). Vielleicht mag aber auch Julian bei Besprechung der fiducia das Recht der Bürgschaft vergleichend herangezogen haben; Lenel S. 117.

c) l. 30 D. tit. cit. XVII, 1:

Si hominem tibi dedero, ut eum manumitteres, et

---

[1]) cf. l. 5 i. f. D. XX, 6; Lenel S. 117.

postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an fiduciae agere possim, si tu eum manumiseris. Respondi, si procurator iustam causam habuit interpellandi, manumisionem servi, quem in hoc solum acceperam, ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor, nisi denuntiationi procuratoris paruero: si vero nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi, ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.

d) l. 10 D. de in diem add. XVIII, 2.

Sed si proponatur a creditore fiducia in diem addicta, non potest videri bona fide negotium agi, nisi adiectio recipiatur. quid ergo est, si inops emtor et impediendae tantummodo venditionis causa intervenit? potest creditor sine periculo priori emtori addicere.

e) l. 23 D. de act. emti vend. XIX, 1.

Si quis servum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit, non solum peculii nomine, quod servus habuit tempore quo manumittebatur, sed et eorum, quae postea acquirit, tenetur et praeterea cavere debet, quidquid ex hereditate liberti ad eum pervenerit, restitutu iri.

Marcellus notat: illa praestare venditor ex empto debet, quae haberet emptor, si homo manumissus non esset: non continebuntur igitur, quae, si manumissus non fuit, adquisiturus non esset.

Ähnliche Machinationen, wie sie hier zunächst gelegentlich eines Kaufs mitgeteilt werden, mochten auch bei der fiducia vorkommen, wodurch die analoge Heranziehung erklärlich wird, Lenel S. 120.

f) l. 7 D. de evict. XXI, 2.

Qui a pupillo substitutum ei servum emerit, agere cum substituto ex empto potest et ex stipulatu de evictione, cum neutram earum actionum adversus pupillum habere potuerit.

g) l. 84 D. ad leg. Falc. XXXV, 2.

Repperitur casus, quo heres agere potest, quamvis testator agere non potuerit: veluti si tutor, cum solveret

legata, non interposuerit stipulationem quanto plus quam per legem Falcidiam capi licuerit solutum fuerit, reddi: pupillus quidem eo nomine tutelae non agit, sed heredi eius hoc quoque nomine tutor obligatus erit.

Die Bedeutung beider letztgedachten Stellen ist u. E. nicht ganz zweifellos. Lenel[1]) giebt einfach an, sie bezögen sich auf die Freundschaftsfiducia und entschieden hier die Frage, ob auch über das Leben der Parteien hinausreichend Verträge dieser Art rechtsgültig seien (etwa ut post mortem meam manumittas. cfr. l. 27 § 1 D. XVII, I).

Wenn die erste Stelle wirklich ursprünglich von der fiducia gehandelt hat, so dürfte ihr Inhalt etwa folgender gewesen sein: Jemand hat seinen ihm pupillariter substituierten Sklaven etwa tutore auctore einem andern fiduziert und zugleich duplum promittiert, was nach l. 52 D. 21, 2 auch ohne besondern Kauf zulässig ist. Nun evinziert sich der Sklave selbst nach eingetretener Bedingung und es wird entschieden, dafs er alsdann, nunmehr an die Stelle des weggefallenen pupillus tretend, mit der actio fiduciae (Just.: emti) oder ex stipulatu hafte, obwohl der pupillus nicht gehaftet haben würde.

Von einer Freundschaftsfiducia braucht dabei nicht die Rede zu sein; dafs der Pupill mit keiner der beiden Klagen hätte haften können (potuerit) hat seinen einfachen Grund darin, dafs der die Klagen erst begründende Eviktionsfall sich zu Lebzeiten des pupillus nicht hätte eignen können, weil er erst eine Folge der Substitution an Stelle dieses letzteren war.

Die Beziehung der l. 84 vollends zur fiducia vermögen wir ohne nähere Nachweise nicht einzusehen. Und es braucht doch noch nicht ohne weiteres jede einzelne Stelle aus dem betr. Buch von der fiducia selbst gehandelt zu haben.

h) l. 36 D. de acqu. r. d. XLI, 1:

Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadvreto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipu-

---

[1]) a. a. O. S. 178.

latu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Auch hier ist das Verhältnis zur fiducia nicht ohne weiteres klar; doch glauben wir uns im wesentlichen Lenel[1]) anschliefsen zu dürfen, der das traditur, traditio, tradam als wahrscheinlich für mancipatur, mancipatio, mancipio dem interpoliert erachtet, wofür u. E. entschieden das Objekt der Übereignung, ein fundus, spricht. Auch soll doch der zweite Teil der Stelle ein von einem andern Rechtsakt hergeholtes analoges Moment zur Beweisführung enthalten, und gewinnt so erst seinen rechten Sinn, wenn man ihn auch ursprünglich auf die traditio im Gegensatz zu der eingangs besprochnen mancipatio bezieht. Zum Beweise, würde demnach Julian gesagt haben, dafs es bei der mancipatio auf die Übereinstimmung der causa ankomme, dürfe man sich nicht etwa auf die Tradition berufen, denn nicht einmal bei dieser sei zum Eintritt der dinglichen Wirkung eine derartige Übereinstimmung in der causa erforderlich. Die Stelle würde daher für die Unabhängigkeit des dinglichen und obligatorischen Effekts bei der mancipatio fiduciae causa beweisen.

i) l. 36 D. de acqu. v. o. poss. XLI, 2:

Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligi tur possidere. sed et si eundem precario rogaverit, aeque per diutinam possessionem capiet: nam cum possessio creditoris non impediat capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet, cum plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet.

Hier kann im Gegensatz zu Kniep und andern[2]) an eine direkte Beziehung zur fiducia und eine Interpolation nicht gedacht werden, denn es ist klar, dafs bei der fiducia nach erfolgter Übergabe der Sache der Besitz auf den Gläubiger

---

[1]) S. 179.
[2]) cf. bei Lenel a. a. O.

übergehen mufs. Die Bedeutung der Stelle ist vielmehr in ihrem Gegensatz zu der folgenden

k) l. 16 D. de O. et A. XLIV, 7 zu suchen; eine Stelle, deren Beziehung auf die fiducia schon längst[1]) erkannt worden ist:

Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem fiduciae causa ei mancipaverat et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti mancipio accipiendo proprietatem hereditati acquirit, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit. nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati acquiret. haec ita, si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam fiducia (possessio?) adquisita intelligi debet.

l) l. 18 D. de precario XLIII, 26:

Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat.

Die Bedeutung dieser Stelle dürfte dahin anzugeben sein, dafs der mancipatio fiduciaria eine traditio nicht unbedingt zu folgen hatte, und dafs auch ohne die letztere in der dem Fiducianten vom Fiduciar gewährten Nutzung der Sache ein precarium liegen konnte.

m) l. 15 D. de novat. XLVI, 2:

Si creditor poenam stipulatus fuerat, si ad diem pecunia soluta non esset, novatione facta non committitur stipulatio.

n) l. 32 D. de solutionibus XLVI, 3:

Si servus peculiari nomine crediderit eique debitor, cum ignoraret dominum mortuum esse, ante aditam hereditatem solverit, liberabitur. idem iuris erit et si manumisso servo debitor pecuniam solverit, cum ignoraret ei peculium concessum non esse. neque intererit, vivo an mortuo domino pecunia numerata sit: nam hoc quoque

---

[1]) Namentlich von Huschke, Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV, 261 fg.; Arndts Beiträge S. 208 und Pandekten a. a. O.

casu debitor liberatur, sicut is, qui iussus est a creditore pecuniam Titio solvere, quamvis creditor mortuus fuerit, nihilo minus recte Titio solverit, si modo ignoraverit creditorem mortuum esse.

Bei den beiden letzten Stellen ist die Beziehung auf das Recht der Fiducia zum mindesten nicht ohne weiteres ersichtlich, cf. noch hierüber Lenel a. a. O. Ein spezielles Eingehen auf etwaige bez. Eventualitäten kann uns hier, wie bei anderen Stellen, nicht angebracht erscheinen, da unsere gegenwärtige Aufgabe nicht dahin geht, neues Material für die Fiducia herbeizuholen, sondern auf Grund des vorhandenen ihr Recht systematisch darzustellen.

§ 5: Fortsetzung — Andre Stellen.

I. In seiner Palingenesia II 146 hat Lenel neuerdings noch von einem andern Buch eines der klassischen Juristen, Pomponius lib. XXXV ad Sabinum, nachgewiesen, dafs es ursprünglich von der fiducia gehandelt habe. Zu dieser Entdeckung führte ihn der Umstand, dafs in dem aus jenem Buche entnommenen Fragment l. 8 § 3 D. XIII, 7 aus Unachtsamkeit der Kompilatoren ein ursprünglich auf «fiducia» bezogenes «eam» stehen geblieben ist. («si . . . acceperim pignus pactusque sim, ut . . . vendere mihi eam liceret . . .)[1])

Aus diesem Buch stammen nun folgende Citate:

1) l. 6 D. XIII, 7

«Quamvis convenerit, ut fundum fiduciarium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui fiduciam dederit, quia tua causa id caveatur. sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum dicit; quid enim si multo minus sit quod debeatur et hodie pluris venire possit fiducia quam postea? melius autem est dici eum, qui dederit fiduciam, posse vendere et accepta pecunia solvere id quod debeatur, ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem fiduciariam, si mobilis sit, prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei prae-

---

[1]) Bei dieser Stelle haben schon Interpolation gewittert Voigt zwölf Tafeln II und Arndts Pandekten a. a. O.

standa, invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.»

§ 1: «Si creditor pluris fundum fiduciarium vendiderit, si id faeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei qui dederit pignus: sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet. quod si eam depositam habuerit, usuras non debet.»

2) l. 8 D. eod.

«Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem fiduciae causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam fiduciae actionem habebo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possum retinere.»

§ 1. Si fiduciae plura mancipia data sint, et quaedam certis pretiis ita vendiderit creditor ut evictionem eorum praestaret, et creditum suum habeat, reliqua mancipia potest retinere, donec ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum.

§ 2: Si unus ex heredibus debitoris portionem suam solverit, tamen tota res fiduciae data venire poterit, quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset.

§ 3: Si annua bima trima die triginta stipulatus acceperim fiduciam pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me fiduciam vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur: nec verum est sua quaque die non solutam pecuniam, antequam omnes dies venirent, sed omnibus pensionibus praeteritis, etiamsi una portio soluta non sit, fiducia potest venire. sed si ita scriptum sit: «si qua pecunia sua die soluta non erit,» statim competit ei pacti conventio.

§ 4. De vendenda fiducia in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur: sed et si creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum est.

§ 5. Cum fiducia ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in eam impensa sunt.

3) l. 2 D. de lege comm. XVIII, 3:

Cum venditor fundi in lege ita caverit: «si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemtus sit», ita accipitur inemtus esse fundus, si venditor inemtum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emtoris futurum, ut non dando pecuniam inemtum faceret, qui eius periculo fuisset.

Ob und inwieweit dieses Citat sich auf die fiducia selbst bezogen hat, wird wohl schwerlich aufzuklären sein — denkbar wäre es jedenfalls, dafs Pomponius hier vom Verkauf seitens des Fiduciars gehandelt habe.

4) l. 4 D. qui potiores XX, 4:

Si debitor, antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset et, antequam utrique creditori solveret debitam, rem aliam priori creditori vendiderat creditumque pensaverit cum pretio rei venditae, dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset: nec enim interesse, solverit an pensaverit: et ideo posterioris creditoris causa est potior.

Wir müssen gestehen, dafs wir Bedenken tragen, diese Stelle für die Lehre von der fiducia zu reklamieren. Denn während an ein und derselben Sache mehrere pignora sehr wohl bestehen konnten, war die fiducia schon nach dem Satze «condominium plurium in solidum esse non potest» ihrem Begriffe nach ausschliefslich, eine mehrfache Fiduziierung derselben Sache daher unthunlich.

Auf der andern Seite mufs freilich berücksichtigt werden, dafs der dingliche und obligatorische Effekt der fiduciae datio streng zu scheiden sind (cf. unten); konnte man aber unbeschadet der Gültigkeit der fiduciarischen Obligation auch fremde Sachen fiduciae dare, so liegt kein Grund vor, den speciellen Fall davon auszuschliefsen, dafs die Sache nur durch vorherige Fiduziirung zu einer fremden geworden war. Ob die Stelle einen derartigen Fall im Auge hat, kann hier dahingestellt bleiben.

5) l. 26 D. de solut. XLVI, 3:

Si creditor fundum fiduciarium vendiderit et, quantum ei debebatur, receperit, debitor liberabitur. sed et si acceptum emtori pretium tulisset creditor vel ab eo stipulatus esset,

debitor nihilo minus liberatur. sed si servus fiduciarius a creditore venierit, quamdiu redhiberi possit, non liberabitur debitor, sicut in qualibet fiducia vendita, quamdiu res inempta fieri possit.

6) l. 181 D. de v. s. L, 16:

Verbum illud «pertinere» latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint, et eis, quas iure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.

Die Beziehung auf die fiducia mag hier vielleicht in den letzten Worten liegen — auch die von mir fiduciae gegebene Sache pertinet ad me, obwohl ich weder Eigentum, noch ein ius in re aliena an ihr habe, denn ich stehe trotzdem zu der Sache in einem ganz andern Verhältnis, wie ein beliebiger Dritter, und eine gewisse Wahrscheinlichkelt spricht dafür, dafs sie später wieder die meine werde (mea esse potest). Kann ich sie doch jetzt schon an einen andern veräufsern (l. 6 D. cit. 13, 7).

II Andre Stellen sind in grofser Anzahl von einzelnen Schriftstellern als interpoliert bezeichnet; hierher gehören die folgenden:

1) aus Gaius

a) lib. VII ad edict. prov., l. 28 D. fam. erciss. X, 2.

Hält man diese Stelle mit dem § 220 Gaii Inst. II zusammen, so ist die Ähnlichkeit so frappant, dafs die Interpolation kaum zweifelhaft sein kann: —

> rem fiduciae creditori datam si per praeceptionem legaverit testator, officio iudicis continetur, ut ex communi pecunia luatur eamque ferat is cui eo modo fuerit legata.

Dafs diese Stelle nicht aus dem 10. Buch des Kommentars stammt, in dem sonst von der fiducia gehandelt wird, beweist nichts — auch das pignus steht nicht im 7., sondern in 9. Buch!

cfr. übrigens auch Arndts Pandekten a. a. O.; Czyhlarz in Haimerls Vierterjahrsschrift III, S. 124, der für die Interpolation geltend macht, dafs der Zusatz «creditori» beim

pignus eine lächerliche Weitschweifigkeit bedeuten würde, zur fiducia dagegen eine sehr zweckmäfsige Ergänzung bilde.

b) lib. IX ad edictum prov. l. 27 § 1 D 17, 1:

Si servum ea lege tibi mancipavero (oder fiduciae dedero), ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum reciperare velim.

cfr. dazu auch Lenel Ed. Perp. S. 232. N. 6.

Es handelt sich hier um eine Freundschaftsfiducia post mortem; eine Interpolation ist um so sicherer anzunehmen, als der Mandatar bei blofser Tradition den Sklaven als eine res mancipi zu Gaius' Zeiten nicht zu quiritischem Eigentum erwerben und daher auch nicht ohne weiteres vollgültig freilassen konnte.

c) lib. XXI das., l. 28 D. XII, 1:

Diese Stelle, welche weder in der sedes materiae der fiducia noch des pignus gestanden hat, kann sich inhaltlich ebensowohl auf erstere beziehen, als auf letzteres; ja es hat das insofern noch die gröfsere Wahrscheinlichkeit für sich, als der in der Stelle enthaltene Satz beim pignus entschieden viel zweifelloser und selbstverständlicher gewesen sein wird als bei der fiducia.

Creditor, qui non idoneum (. . . . am) pignus (fiduciam) accepit, non amittit exactionem eius debiti quantitatis, in quam pignus (fiducia) non sufficit.

2) Pomponius lib. 26 ad Sabinum, l. 6 D. de stip. serv. XLV, 3:

An dieser Stelle wird eine Interpolation vermutet von M. Voigt[1]) und Lenel[2]), und in der That spricht die ungeschickte und wenig ansprechende Konstruktion der Stelle in erheblichem Mafse dafür. Wir dürfen daher wohl mit Lenel das Fragment dahin rekonstruieren:

Ofilius recte dicebat et fiduciae causa mancipio accipiendo vel cum creditore vel cum amico contractae posse

[1]) Zwölf Tafeln II, 167.
[2]) Palingenesia II, 136.

soli ei adquiri, qui iussit: quae sententia et Cassii et Sabini dicitur.

Voigt sucht die Interpolation freilich nur in deponendo.

Cfr. ferner über die Stelle Heck a. a. O. S. 128, der Interpolation zugiebt, aber sich gegen die Annahme einer ursprünglichen Freundschaftsfiducia, deren Existenz er negiert, kritisch verhält.

3) In der Stelle von Celsus lib. 11 digest., l. 32 D. dep. 16, 3, findet Voigt[1]) gleichfalls Beziehungen zur fiducia. Kaum mit Recht. Denn das «fraude non caret» und «nec salva fide» sind doch überaus schwache Stützpunkte, Worte, die ebensowohl bei der aus der fiduciae actio überhaupt hervorgewachsenen act. depositi verwendbar und angemessen waren. Als Gründe giebt Voigt auch hier nur an, dafs in der Stelle eine dem depositum fremde Verhaftung für culpa levis angenommen werde. Aber das ist petitio principii — nur eine gewisse cura wird verlangt und aus der Thatsache, dafs bei ihrer Unterlassung der Depositar trotz Mangel des eigentlichen dolus hafte, die gleiche Wirkung von dolus und culpa lata nachzuweisen versucht. So auch Heck a. a. O. S. 130.

4) Marcellus lib. singulari responsorum, l. 34 D. 13, 7 hat nach Voigt, Lenel[2]) und Heck[3]) von der fiducia gehandelt. In der That — auch hier haben die Kompilatorn sich die Sache mal wieder leicht gemacht, wie in l. 8 h. t. Während sie das Wort «fiducia» sorgfältig beseitigten, liefsen sie ein darauf bezügliches «eam» stehen, was den ursprünglichen Charakter des Citats zur Genüge enthüllt.

Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam fiduciam accepisset futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petit a creditore, ut fundum certo pretio emtum haberet et cum impetrasset, epistolam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit. quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras, quae debentur. Marcellus respondit secundum ea, quae proposita essent, revocari non posse.

---

[1]) a. a. O.

[2]) Palingenesia I, S. 634.

[3]) Z. Schr. d. Sav. Stift. X, 88.

Dafs der Wortlaut der Stelle auch sonst mehrfach korrumpiert erscheint, braucht uns hier nicht weiter zu bekümmern, nur ist noch kurz darauf aufmerksam zu machen, dafs das Citat keineswegs, wie es den Anschein haben könnte, dem oben gedachten Satze des Paulus (Sent. II, 13 § 3) widerspricht. Denn hier ist von keinerlei wahrem Kaufe die Rede, sondern viel eher von einer sozusagen nachträglichen lex commissoria — das Pfand soll dem Gläubiger für die Schuld einfach verfallen sein. Dafs die Rechtsgültigkeit des Geschäfts dann bezweifelt wird und Marcellus seine Entscheidung nicht allgemein, sondern nur auf Grund der besonderen Lage des Falls (secundum ea, quae proposita essent) abgiebt, spricht bedeutsam für die Beziehung der Stelle auf die fiducia. Nur, so dürfen wir den Gedankengang des Juristen ergänzen, weil in Wahrheit das, was die Kontrahenten Kauf nennen, kein wahrer Kauf ist, kann die für die fiducia geltende Bestimmung betr. der Unmöglichkeit des Verkaufs an den Gläubiger nicht zur Anwendung kommen.

5) Papinianus.

a) l. 80 (79) D. 47, 2, lib. IX quaest.

Es ist dies offensichtlich diejenige Stelle, auf welche Ulpian l. 22 pr. D. XIII, 7 verweist,[1] und da l. 22 cit nachweislich von der fiducia gehandelt hat, so kann man daraus auf unser Fragment ohne allzugrofse Kühnheit einen entsprechenden Rückschlufs ziehen:

Si debitor fiduciam subripuit, quod actione furti solvit, nullo modo recipit.

b) lib. VII. resp.; l. 9 § 2 D. de. suppel. leg. XXXIII, 10:

Hier ist schon oft eine Interpolation gesucht worden, so von v. Bassewitz a. a. O., Geib[2]) und andern, während Lenel[3]) die Frage dahingestellt sein läfst. Im übrigen ist auch diese Stelle bekanntlich von jeher überaus bestritten gewesen, vergl. darüber v. Bassewitz: namentlich in früherer Zeit hat man sich in den verwegensten Emendationen versucht. Bassewitz schlägt im Anschlufs an eine ältere Mei-

---

[1]) cf. Lenel a. a. O.; Mommsen zu l. 22 cit. Note 11.
[2]) Z. Schr. der Sav. Stift. VIII, 140.
[3]) Palingenesia I, 914.

nung des Noodt vor, statt «in usu» «iure» und statt «sed» «et» zu setzen. Das Schwergewicht liegt demnach auf dem «suam»; darunter kann nicht das Gerät gerechnet werden, was nicht mit dem Willen des debitor «iure creditoris» ist.

Indes können wir uns mit dieser Lesart weder aus formellen noch aus materiellen Gründen für befriedigt erklären. Aus formellen, weil eine solche mehrfache Emendation zu Gunsten eines vorausgesetzten Sinnes, die sich nur auf eine äufserliche Ähnlichkeit der betr. Worte stützt, immer höchst gewagt und mifslich bleibt; aus materiellen, weil der Gedankengang der Stelle dadurch noch immer nicht besonders klar und logisch wird.

U. E. liegt eine andere Deutung ungleich näher. Das Schwergewicht in der zweiten Hälfte des Fragments liegt auf suppellectilem — wenn jemand sein Hausgerät vermacht hat, so kann darunter nicht das verstanden werden, was er zur fiducia erhalten hat, wofern er es nämlich nicht als Gerät in seinem Haushalt verwendet, sondern propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum beiseite gelegt (reponiert) hat obwohl es als fiduciae accepta sua ist. Unter der entgegengesetzten Voraussetzung, d. h. wenn der Erblasser das acceptum argentum mit Einwilligung des Schuldners seiner Zweckbestimmung gemäfs im Gebrauch gehabt hat, würde es dann nach Papinians Gedankengang unter das Legat fallen.

Dafs diese Auslegung materiell befriedigt und Papinians Ausspruch als wohlbegründet und logisch korrekt erscheinen läfst, darf füglich nicht in Abrede gestellt werden. Aber auch formell empfiehlt sie sich, weil sie — abgesehen von dem statt pignori zu inserierenden «fiduciae» — nur eine ganz unerhebliche Emendation erfordert — statt pro — ein repositum. Und selbst dieser kleinen Abweichung fehlt es nicht an handschriftlicher Autorität, wie die Mommsensche Ausgabe ad leg. cit., N. 7, ergiebt.

Das Wort reponere im Gegensatz zu solchen Sachen, die man im Gebrauch hat, kommt auch sonst in den Pandekten vor; cfr. v. Savigny, System VI § 271 N. i, der unter Bezugnahme auf l. 79 § 1 D XXXII (His verbis: quae ibi mobilia mea erunt do lego, nummos ibi repositos ut mutui darentur, non esse legatos Proculus ait . . .) darauf aufmerksam

macht, dafs reposita und deposita res eine Sache ist, die dazu bestimmt war, nicht in der Haushaltung be- bezw. verbraucht, sondern aufbewahrt zu werden.

Dafs die Stelle ursprünglich von der fiducia gehandelt hat, ist danach sicher — denn im andern Fall hätte das argentum überhaupt gar nicht zur «supellex sua» gehört und Papinian hätte sich daher seine ganze feine Unterscheidung sparen können.

cfr. auch M. Voigt, XII Tafeln II, 169.

Der Wortlaut würde sonach heifsen:

Supellectili sua omni legata acceptum argentum fiduciae non continebitur, quia supellectilem suam legavit, utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed repositum propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum.

c) lib. XIII resp., l. 42 pr. D. de mortis causa don. XXXIX, 6,

ist interpoliert nach Bachofen (Pfandrecht), Keller[1]) und Lenel.[2])

Man wird ihnen wohl zustimmen müssen, denn zu Papinianus' Zeiten hatte die traditio noch keine direkten civilrechtlichen Wirkungen; ferner steht das «traditionibus factis» ziemlich unmotiviert da, zumal sich die Seia den Niefsbrauch des Vermögens vorbehielt und daher schwerlich eigentliche Traditionen vorgenommen haben wird; höchstens wird eine Übertragung mittels constitutum possessorium anzunehmen sein, bei der keine Veranlassung vorlag, das «traditionibus» so zu betonen.

Endlich ist das bonae fidei iudicio eine ganz seltsame, auffällige Ausdrucksweise. Es wird sich danach ursprünglich um mancipationes mit einer fiduciarischen Nebenbestimmung gehandelt haben, die nach heutigen Anschauungen etwa als Resolutivbedingung gefafst werden würde.

Was Heck (a. a. O. S. 136/7) gegen diese Interpolation — freilich mehr zweifelnd — vorbringt, ist nicht durchschlagend und beschränkt sich auf den versuchten Nachweis, dafs

---

1) Z. Schr. f. geschichtl. Rechtswiss. XII, 400.

2) Palingenesia I, 939.

das «bonae fidei iudicio» nicht so auffällig sei, wie man bislang angenommen. Selbst wenn das richtig sein sollte, würde damit die Vermutung einer Interpolation nicht beseitigt werden.

Seia cum bonis suis mancipationibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. fiduciae autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restituturam. incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo certae condicionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

6) Africanus.

Bei diesem Schriftsteller findet sich in einer den Pandekten einverleibten Stelle der Sprachgebrauch pignoris causa tradere und accipere, der sonst noch zweimal bei Julian und einmal bei Pomponius vorkommt.

Sehr richtig hat Gradenwitz[1]) auf das Auffallende dieser sprachlich ungeschickten und uneleganten, auch sonst nirgends vorkommenden Redeweise aufmerksam gemacht. Die klassischen Juristen sagen dafür pignori dare. Gradenwitz vermutet daher an sämtlichen 4 Stellen — es sind l. 50 § 1 D. XXIII, 3; l. 8 pr. D. XIII, 7; l. 36 D. XLI, 2 und l. 16 D. XLIV, 7 — eine ursprüngliche Beziehung auf die fiducia, eine Vermutung, die dadurch fast zur Gewifsheit erhoben werde,

[1]) Z. Schr. d. Sav. Stift. VII, 46 fg.

dafs die letztgedachten beiden Citate nachweislich von derselben gehandelt haben.

Seit Gradenwitz' Aufsatz ist das durch Lenels Palingenesia hinsichtlich der l. 8 pr. cit. noch aus andern Gründen bestätigt worden (siehe oben), so dafs hierher nur gehört Africans Stelle lib. VIII quaest., l. 50 § 1 D. de iure dotium XXIII, 3.

Et hoc evidenter circa actionem fiduciae apparebit. etenim si, cum fundum Cornelianum fiduciae causa tibi mancipassem, postea ex conventione fundum Titianum in hoc tibi mancipaverim ut Cornelianum mihi restitueres: minime puto dubitandum erit, quin statim recte fiduciae ad recipiendum Cornelianum agere possim.

b) Aufserdem scheinen (nach Lenel, Palingenesia I, 30, N. 4; S. 212, N. 1.) interpoliert zu sein.

l. 31 D. XIII, 7 und 62 D. XLVII, 2, beide aus lib. VIII Afr. quaest.

Si servus fiduciae datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem fiduciae mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me fiduciae actionem, ut indemnem me praestet.

eadem servanda esse Julianus ait etiam cum amico mancipatus servus furtum faciat

Hier mufs man insbesondere die Interpolation am Schlufs um deswillen annehmen, weil ein gleicher Grad der Haftung bei commodatum und depositum auch sonst nicht eintritt, in l. 62 cit. aber gerade für unsere Frage abgelehnt wird.

c) l. 62 cit. (soweit sie für uns von Belang):

§ 1: His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi fiduciae dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria fiduciae consequar, ut similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas.

§ 3: Nisi quod in his amplius sit, quod, si sciens quis ignoranti furem fiduciae dederit, omni modo damnum praestare cogendus est: id enim bonae fidei convenire.

7) Julianus.

Von diesem Juristen sind uns eine grofse Anzahl Stellen über die fiducia bereits aus Lenels Forschungen bekannt; aufserdem dürfte hier zu erwähnen sein:

lib. I ad edictum, l. 1 pr. D. de his qui notantur III, 2.

Hier wird sicher bei Aufzählung der Entstehungsgründe der Infamie die ganz zweifellos mit infamierender Wirkung ausgerüstete actio fiduciae weggestrichen sein:

Praetoris verba dicunt: Infamia notatur qui ..... pro socio, tutelae, mandati, fiduciae, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit.

8) Marcianus.

a) libro sing. ad formulam hypothecariam, l. 11 § 3 D. de pign. XX, 1

soll sich auf die fiducia bezogen haben nach v. Bassewitz a. a. O. S. 32. Marcian, meint jener, habe der Ansicht gehuldigt, eine Hingabe der servitutes praediorum urbanorum zur fiducia sei undenkbar, und zwar aus keinem andern Grunde, als weil er eine Bestellung der fiducia mittels in iure cessio für unthunlich gehalten habe. Da nun aber letzteres der in Rom herschenden Meinung widerspräche, könne Marcians gegenteilige Behauptung für uns nicht ins Gewicht fallen.

Wir halten diese Darlegung für mehr als bedenklich. Dafs das betr. Werk Marcians überhaupt nicht die formula fiduciae, sondern die form. hypothecaria behandelte, spricht schon dagegen; ferner ist die Annahme nahezu unmöglich, dafs Marcian die Unanwendbarkeit der in iure cessio zur Bestellung der fiduciae, die doch zum mindesten sehr zweifelhaft gewesen sein mufs, ja mit dem Bericht des Gaius, Isidorus etc. unvereinbar ist, ohne weiteres unterstellt und aus derselben praktisch wichtige Schlüsse gezogen haben soll.

Fällt dieser Punkt weg, so schwindet jeder Grund, eine Interpolation anzunehmen.

Übrigens hat schon früher Conradi hier eine solche finden wollen.

b) das. l. 16 § 5 D. tit. cit. 20, 1.

Diese Stelle will Bachofen (Pfandrecht) der Lehre von der fiducia vindicieren.

Er folgert daraus, dafs der Fiduciar neben der Eigentumsklage auch die actio hypothecaria habe anwenden können. Wir halten diese Meinung für falsch, was mir freilich des Zusammenhanges wegen erst unten näher zu begründen gedenken.

9) Paulus.

a) lib. VII resp., l. 49 § 1 D. soluto matrimonio XXIV, 3. Diese Stelle stimmt fast wörtlich überein mit fragm. Vatic. § 94 cit., so dafs die Interpolation wohl sicher ist:

Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecedente ex causa fiduciae ablatus est: quaesitum est, an mulier, si aestimationem dotis repetat exceptione submovenda sit; ait enim se propterea non teneri, quod pater eius dotem pro se dedit, cui heres non extiterit. Paulus respondit praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse: consequi enim eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat.

b) Nach Arndts' Pandekten a. a. O., Windscheid, Pandekten § 233a N. 1 und andern soll sich noch über die fiducia verhalten haben die berühmte Stelle lib. XXIII ad edictum, l. 29 D. fam. cit. X, 2.

Vergleiche darüber auch die in Anm. [1]) angegebenen Schriftstellen. Der Sinn der lex, der uns an dieser Stelle nur sehr beschränkt interessieren kann, ist etwa folgender:

Eine dem Erblasser zum pignus, oder, wie man will, zur fiducia gegebene Sache kommt im iudicium familiae erciscundae zur Verteilung. Sie wird dem einen Miterben ganz — scil. zum Pfandrecht — adjudiciert und der Adjudikatar dafür dem Miterben zu einer bestimmten Summe verurteilt. Dann nun soll der Miterbe (coheres, wie Dernburg u. E. sehr richtig aus den Basiliken an Stelle des im Text stehenden coheredi verbessert) dem Adjudikatar keine Kaution zu stellen brauchen für Schadloshaltung wegen der Ansprüche, welche der Verpfänder mittels der actio pigneraticia directa nun etwa gegen ihn allein geltend macht, denn er wird rechtlich dem-

---

[1]) cf. Dernburg, Pfandrecht II, 43; Sintenis, Pfandrecht S. 447; Eck, doppelseit. Klagen S. 114 fg.; Bachofen, Pfandrecht S. 196 fg.

jenigen Besitzer einer fremden Sache gleichgeachtet, der mit der Pfandklage belangt dem Kläger die litis aestimatio gezahlt hat und diese Zahlung nun der Eigentumsklage gegenüber mit einer exceptio doli geltend machen kann. Vergl. die einen wesentlich gleichen Fall behandelnde l. 65 D. VI, 1.

Daher soll auch der Adjudikatar einerseits die an seinen Miterben gezahlte Summe gegenüber der act. pigneraticia mit exc. doli herausverlangen können, ja er soll andererseits sogar in den Stand gesetzt werden, gegen Rückgabe des ganzen Pfandes klageweise — mit der act. pigneraticia contraria — diese Impensen vom Verpfänder einzutreiben.

Wir sind der Ansicht, dafs somit die Stelle einen recht guten Sinn giebt; an eine fiducia erinnert darin nichts und wir haben daher kaum nötig, die Beziehung auf eine solche in das Fragment hineinzutragen. Das Wort adiudicatio deutet durchaus nicht ohne weiteres auf den Zuschlag des Eigentums an den Adjudikatar; warum sollen nicht auch iura in re zugeschlagen werden können?

Gegen die fiducia spricht direkt der Schlufs der Stelle, welcher die Entscheidung darauf basiert, quia quod creditor egit, pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset — denn beim Fiduciar, der selbst Eigentümer ist, ist eine solche Idee der Vertretung weder erforderlich noch annehmbar — dafs er Impensen ersetzt verlangen konnte, lag in der Natur der Sache und war zu Paulus' Zeiten, wie wir noch sehen werden, ohne den Umweg der procuratio allgemein anerkannt. Sonach fällt die Stelle für uns hier fort.

c) l. 31 ad edict.: l. 13 § 1 D. 16, 3.

Voigt nimmt hier (Ius Naturale III, N. 1440) Interpolation an, weil die condictio Eigentumsübergang voraussetze.

Das ist grundlos — hier wird eine dolose Vernichtung des Eigentums durch Zerstörung der Sache unterstellt, oder die angeführte condictio ist die condictio furtiva (Heck a. a. O. S. 131).

Andere Stellen aus Paulus cfr. im vorigen Paragraphen.

10) Ulpianus.

Auch aufser den schon citierten hat Ulpian in einer Reihe uns in den Pandekten enthaltener Fragmente die Lehre von der fiducia behandelt.

a) lib. XXIX ad Sabinum, l. 14, § 16 D. de furtis 47, 2.

Hier sucht eine Beziehung auf die fiducia Voigt,[1]) dessen Meinung wir aber, zumal bei dem völligen Mangel einer Begründung, durchaus nicht teilen können. Das Citat handelt doch im Gegensatz zu den Eigentümern gerade von Nichteigentümern, denen die actio furti, anders wie die condictio furtiva, zustehen soll.

b) l. XX ad edictum; l. 7 § 3 D. X 3.

Die hier von Keller und Lenel[2]) vermutete Interpolation scheint auch uns sicher; in ihrer jetzigen Gestalt hat die Stelle wenig Anmutendes; die Konstruktion des Schlufssatzes erscheint verfehlt; korrekt müfste es heifsen statt

«si ex causa indebiti soluti res possideatur»: «si res indebite soluta possideatur».

So wird der alte Wortlaut wohl gewesen sein:

> Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat, si tamen iusta causa est possidendi, utile communi dividundo competit, ut puta si ex causa debiti soluti fiducia possideatur.

Wenn also die mehreren Fiducianten gehörige Sache sich nach getilgter Schuld in ihrem Besitze bezw. in dem eines derselben befindet, so kann sie mit actio utilis zum Gegenstand der Teilungsklage gemacht werden, obwohl sie nicht eigentlich im Miteigentum steht.

c) lib. XXVIII ad edictum; l. 5 § 2 D. comm. XIII, 6.

Hier soll nach der Ansicht von Conradi und Bassewitz S. 27 bei Aufzählung der verschiedenen actiones, in denen et dolus et culpa versatur, die actio fiduciae weggestrichen sein. Vergleicht man das Fragment mit Coll. X, 2 § 1—2, so hat das eine sehr grofse Wahrscheinlichkeit für sich;

> . . . sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in fiducia, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.

d) das.; l. 9 § 2 D. XIII, 7.

Hier haben Conradi, Bachofen, Arndts a. a. O., Bassewitz S. 27 eine Beziehung auf die fiducia vermutet,

---

[1]) Zwölf Tafeln II, 169

[2]) Palingenesia II, S. 539.

und zwar wegen des non transit nec possessio. Das scheint plausibel, denn das «nec» hat in dem uns überkommenen Wortlaut entschieden keinen rechten Sinn. Nach Conradi lautet die alte Fassung etwa:

> Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio nec proprietas, ut in fiducia, ad creditorem.

e) das.; l. 3 § 5 D. XIII, 6.

Die hier von Voigt a. a. O. gesuchte Interpolation ist unerfindlich; dagegen spricht nicht nur die Stellung in lib. 28, sondern auch der Hinweis auf Julians Bemerkung in lib. 11, wo er nicht von der fiducia, sondern vom pignus gehandelt hat.

Dasselbe gilt auch vom l. 1 § 42 D. XIII, 6 (Voigt, Ius Naturale III, N. 140; dagegen Heck a. a. O. S. 131), die sich auf jene bezieht. Zwar scheint auf fiducia hinzuweisen der Passus «si quid per eum in cuius iure sunt captus fraudatusve est»; jedoch ist diese Redensart nach Lenels Nachweis (Edictum S. 234) nichts der fiducia als solcher Eigentümliches; sie bezieht sich auf Kontrakte mit Sklaven und Haussöhnen und mag auch bei andern Verträgen aufser der fiducia angewendet sein. (cf. freilich unten k.)

f) das. l. 38; l. 12 § 2 D. XIII, 1,

halten wir wahrscheinlich für interpoliert, können die Begründung für diese Hypothese aber erst später geben.

Neratius libro membranarum Aristonem existimasse refert eum, cui fiduciae res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.

g) lib. LXXI ad edict., l. 18 pr. § 1 D. de donat. XXXIX, 5, Lenel Palingenesia II, 40, n. 3, Heck a. a. O. S. 120.

> Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. § 1. Denique refert Aristonem putare si servum tibi mancipavero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi mancipassem, ut continno manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit,

inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.

Lenel beruft sich für die Interpolation u. E. mit Recht aur die Analogie der citierten l. 30 mand. Auch der Inhalt der Stelle spricht dafür — ohne mancipatio wäre eine solenne Freilassung nicht nötig gewesen.

h) lib. XXXIV ad Sabinum, l. 4 § 1 D. de reb. cred. XII, 1:

Sehr mit Recht wird hier eine Interpolation behauptet von Arndts[1]) und v. Savigny[2]) — denn eine condictio der res pignori data statt einer vindicatio wäre sinnlos und bei der grofsen Schärfe, mit der die römischen Juristen sonst vindicatio und condictio auseinanderzuhalten wufsten, überaus auffallend. v. Savigny[3]) hält es zwar für möglich, dafs die condictio nur wegen Vernichtung des Pfandobjektes zugelassen sei, aber von diesem wichtigen, die condictio erst begründenden Moment steht hier noch nicht eine Silbe, und es zu unterstellen, ist jedenfalls viel bedenklicher, als die einfache Interpolation anzunehmen. Keinen Gegenbeweis enthält die Thatsache, dafs in einzelnen Stellen auch dem Kommodanten und Deponenten eine condictio zugesprochen wird, vielmehr hält es die l. 13 § 1 D. dep. XVI, 3 nicht für überflüssig, zu betonen, dafs man nicht eher zur condictio greifen darf, antequam id dolo admissum sit. Worin aber kann sich der dolus vernehmlicher äufsern, als in der Verschleuderung oder Vernichtung der anvertrauten Sache?

Res fiduciae data pecunia soluta condici potest. et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt.

i) Ferner hat man noch in l. 5 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. XII, 4, lib. II disput. einen Satz aus der Lehre von der fiducia finden wollen — gleichfalls wohl mit Recht, da nach dem damaligen Recht die blofse Tradition dem Mandatar das quiritarische Eigentum am Sklaven nicht hätte übertragen, jener also den Sklaven durch seine Freilassung höchstens zum Latinus, nicht aber zum civis hätte machen können. (Puchta, Institutionen II § 113, Ulp. Fragm. I, 16).

---

[1]) a. a. O.
[2]) System V, 566 N. b.
[3]) Das. S. 519.

Si servum quis mancipaverit alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si paenituerit eum qui mancipaverit et super hoc eum certioraverit et fuerit manumissus post paenitentiam, at tamen actio propter paenitentiam competit ei, qui dedit. plane si non manumiserit, constitutio succedit facitque eum liberum, si nondum paenituerat eum qui in hoc dedit.

Cfr. dazu auch Lenel Zeitschr. d. Sav.-Stift. IX, 182. Die von Lenel auf Grund dieser Stelle allgemein aufgestellte Vermutung, es habe Justinian als Ersatz für die beseitigte Klage aus der fiducia cum amico die actio propter paenitentiam eingeführt, scheint uns denn doch nicht genügend begründet. Cfr. auch Heck in ders. Zeitsch. X, 120.

k) Auch die l. 36 D. de pec. XV, 1 (lib. II disput.) dürfte, wie schon Voigt[1]) und Lenel[2]) geltend gemacht haben, auf die fiducia zu beziehen sein. Denn aus Cicero de off. III, 17 § 70 wissen wir, dafs der fiducia unter Umständen eine Klausel eigentümlich war des Wortlauts «uti ne propter te fidemve tuam captus frandatusve siem».

Diese Klausel findet sich nun fast wörtlich am Schlufs der l. 36 cit. «et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est».

Schon damit dürfte die Interpolation fast erwiesen sein. Der frühere Wortlaut ist demnach folgender:

In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actione de dote agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem. nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. nam quod in servo, cui res fiduciae data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. namque si servo res fiduciae data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem; «et

---

1) Zwölf Tafeln II, 169.

2) Edictum Perpetuum S. 234.

si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est. videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere.

Lenel macht übrigens für die Interpolation noch geltend, dafs die actio pigneraticia jenen Zusatz ursprünglich nicht gehabt habe, denn sonst wäre es sinnlos gewesen, bei ihr die bez. Haftung des dominus statt aus diesen Worten aus den Schriften des Julian abzuleiten, wie es l. 3 § 5 D. XIII, 6 thut.

l) lib. primo opinionum, l. 52 § 2 D. de pactis II, 14:

Voigt a. a. O. nimmt auch hier Interpolation an, während Lenel[1]) sich zweifelnd verhält. Für die Interpolation spricht hier, freilich durchaus nicht entscheidend, das Wort nexi. Wir können gleichfalls die Sache dahingestellt sein lassen, da uns das Fragment inhaltlich doch nichts Neues bringt.

> Pactum, ut si quas summas propter tributiones praedii pignori (oder fiduciae) nexi factas creditor solvisset, a debitore reciperet, et ut tributa eiusdem praedii debitor penderet, iustum ideoque servandum est.

II) Modestinus.

a) lib. tertio regularum, l. 23 § 1 D. XX, 1:

Diese Stelle handelt zwar keineswegs direkt von der fiducia, sie gewinnt aber, wie v. Bassewitz nicht unrichtig ausführt, erst durch den Gegensatz zu dem bei der fiducia geltenden Recht ihre eigentliche Bedeutung. Denn die fiducia konnte wegen der ihr innewohnenden Form nicht inter absentes geschlossen werden; beim pignus dagegen ist das umgekehrt, weil hier ein nudum pactum zur Errichtung genügt.

b) lib. quarto responsorum, l. 39 D. XIII, 7:

Bezüglich dieses Fragmentes meint Eck,[2]) dafs es ursprünglich von unserem Rechtsinstitut gehandelt habe. Denn eine Verwechselung von Kauf und pignus, wie sie hier nach dem Wortlaut anzunehmen ist, scheint ein ziemlich fernliegender Gedanke, wogegen fiducia und Kauf nicht nur wegen der Form der mancipatio, die vom Kauf abgeleitet ist, sondern

---

[1]) Palingenesia II, 1002.

[2]) Z. Schr. d. Sav. Stift. IX, S. 75. Ebenso Heck das. X, 88; über die besondere Meinung des letzteren cf. unten.

auch wegen der eigentumsübertragenden Wirkung so viel Gemeinsames hatten, dafs eine Konfundierung beider Geschäfte leicht passiert sein mag. Auch hätte der bei der Testamentserrichtung anwesende Schuldner gegen die Bezeichnung «emi» statt des blofsen pignus zweifellos energisch remonstriert, während er weniger Grund hatte, sich durch Bezeichnung des fiduciierten, ihm also doch nicht mehr gehörigen Grundstückes als eines gekauften beschwert zu fühlen. Beim pignus hätte sich schliefslich die in der Stelle diskutierte Frage, ob der Schuldner trotzdem noch die Pfandklage habe, durch den Hinweis auf die ihm ja aufserdem zustehende Eigenthumsklage viel einfacher erledigen lassen.

> Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio fiduciae dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor fiduciam suam in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit «quem de Lucio Titio[1]) emi», cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. quaero, an ex hoc quod signavit praeiudicium aliquod sibi fecerit, cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui (vielleicht ursprünglich pacto, da eine Verbindung «contractus fiduciae» sonst niemals vorkommt) fiduciae non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse fiduciam expressit, signasse proponitur.

III. Aus dem Codex ist die Ausbeute mehr als spärlich. Ganz sicher, ja nur wahrscheinlich ist bei keiner Stelle eine ursprüngliche Beziehung auf die fiducia, und nur bei ganz vereinzelten Konstitutionen findet sich eine schwache Möglichkeit.

1) in l. 3 C. de act. pign. IV, 24, Alexander Severus a. 222, nimmt Voigt[2]) eine bez. Interpolation an — Gründe giebt er aber leider, wie gewöhnlich bei seinen hier erwähnten

---

[1]) Ursprüngliche Lesart Gaio Seio?
[2]) a. a. O. S. 167.

Nachweisungen, nicht an; wir müssen uns also selbst solche suchen. Und da ist zuzugeben, dafs die Abänderung hier einigermafsen nahe liegt, teils wegen des Wortes «nexum», das jedenfalls eher an die fiducia erinnert, teils wegen der Unbefangenheit, mit der von der beim pignus nicht schlechthin zulässigen Fruchtziehung des Gläubigers die Rede ist.

> Creditor, qui praedium fiduciae sibi nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit in rationem exonerandi debiti computare necesse habet et, si agrum deterio rem constituit, eo quoque nomine fiduciae actione obligatur.

2) Auch in der l. 2 C. de distr. pign. VIII, 27 ist eine Beziehung auf die fiducia denkbar. (Alexander Severus a. 223). Auch hier ist von «nexam» die Rede, noch mehr aber spricht für eine fiducia der Schlufspassus — denn das precario possidere des Schuldners ist bei der fiducia etwas Naheliegendes, oft Vorkommendes, wogegen beim pignus der Verpfänder als Eigenthümar gar kein eigentliches precarium an der Sache erhalten kann, denn «neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio rei suae consistere potest» (l. 45 D. L, 17).

Bemerkt mufs noch werden, dafs bei mehreren Stellen, namentlich von Lenel hinsichtlich der l. 27 D. XV, 1 des Gaius (Paling. I, 212 Anm. 1), und von Gradenwitz (Zeitschr. d. Sav.-Stift. IX, 402), bei der l. 12 D. XXXVIII, 5 von Javolenus und l. 14 D. XLII, 8 von Ulpian Interpolation vermutet wird. Gegen ihre Beziehung auf die fiducia Heck a. a. O. S. 126 fg. Wir müssen gestehen, dafs die Sache sehr zweifelhaft scheint — ein genügendes Eingehen auf Gründe und Gegengründe würde eine sehr ausführliche Darstellung erfordern, die unseren gegenwärtigen Zwecken nicht entsprechen könnte. Von erheblichem Einflufs auf die Lehre würden die Stellen doch kaum sein, ausgenommen vielleicht l. 27 cit., die aber bei ihrer unleugbaren Zweifelhaftigkeit doch schlecht verwendbar wäre.

Abteilung II.

Die Geschichte der fiducia.

§ 6: Allgemeines. Der Stand der Lehre.

Dafs sich aus dem bisher aufgeführten Quellenmaterial über die geschichtliche Entstehung unseres Institutes nur sehr wenig entnehmen läfst, darf um so weniger Verwunderung erregen, als die fiducia dies Schicksal mit so manchen andern Gebilden des römischen Rechts teilt, und zwar selbst solchen, über deren systematische Bedeutung uns die Quellen viel ausführlichere Auskunft erteilen.

Dieser Mangel hat für uns die Unannehmlichkeit, dafs wir die Geschichte der fiducia nur mittels mehr oder weniger vager Vermutungen aufhellen können. Da sich diese nun aber teilweise auf die rechtlichen Eigentümlichkeiten derselben stützen, können wir nicht umhin, an einzelnen Punkten hier der dogmatiscen Darstellung vorzugreifen.

Eine Unsicherheit dieser Art mufste auf die Darstellungen der Schriftsteller notwendig ihre Schatten werfen; sie verschuldete eine überaus bedeutende Verschiedenheit der Ansichten über das Alter dieser frühesten Form römischen Realkredites. Zu einer Einigung ist es bislang nicht gekommen, und sehr richtig hat Degenkolb[1]) die Geschichte der fiducia als eine schwierige, noch ungelöste Frage bezeichnet. Wir dürfen wohl hinzusetzen, «vielleicht sogar unlösbare» — wenigstens auf Grundlage des bis jetzt vorhandenen Stoffes.

Ein Teil der Gelehrten erklärt das Fiduciargeschäft für ein Kind des frühesten römischen Rechtslebens; die fiducia hat demnach, und zwar mit rechtlicher Kraft, schon in den frühesten Zeiten der Republik Anwendung gefunden. Mehr oder weniger tritt dabei der Gedanke des Parallelismus mit der mancipatio oder dem nexum hervor. An letzteres sucht namentlich Huschke[2]) Anschlufs. Aus der Verwandtschaft von fiducia und nexum folgert er sodann, dafs der Gläubiger

---

[1]) Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX, 178.

[2]) Gaius S. 72, dagegen Degenkolb a. a. O. S. 138.

dem Schuldner wie beim nexum dreimal habe denuncieren können, worauf dann die «Rückfälligkeit des Eigentums» erloschen sei.[1])

Übrigens sind Huschkes bezügliche Ausführungen nicht durch sonderliche Klarheit ausgezeichnet. An anderer Stelle[2]) macht er, kaum ganz im Einklang mit dem Obigen, darauf aufmerksam, dafs das alte nexum in der fiducia als einem bonae fidei negotium nicht gelegen habe. Letzteres ist gewifs richtig, wenn es sich auch nicht auf die älteste Zeit der fiducia beziehen kann, die ihren bona fide-Charakter erst allmählich erhalten hat. Der älteste Verkehr kannte nicht das schmiegsame, der Individualität des Falls Rechnung tragende negotium b. f. Ein gewisser Parallelismus zwischen fiducia und nexum mag daher in der früheren Zeit vorhanden gewesen sein, und zwar sowohl dem Inhalt und der Wirkung, als der Form ihrer Begründung durch Formalakte per aes et liberam nach. Und wenn Jhering[3]) recht hat, dem nexum einen gewissen Einflufs anf die Entwicklung der mancipatio zuzuschreiben, so mag auch die sich an die mancipatio anschliefsende fiducia diesem Einflufs unterworfen gewesen sein.

Aber eine weitere Gemeinschaftlichkeit oder gar ursprüngliche Identität beider Institute ist undenkbar — schon die gänzliche Verschiedenheit ihrer Objekte erforderte ihren begrifflichen Gegensatz. Hier ist es der Schuldner selbst, der als nexus die Haftung persönlich auf sich nimmt, dort verweist er den Gläubiger auf ein aufserhalb seiner Person liegendes Vermögensstück, und soweit aus dem Fiduciargeschäft obligatorische Verbindlichkeiien hervorgehen, ist es der bisherige Gläubiger, der sie in erster Reihe auf sich zu nehmen hat.

Schulin (Gesch. d. röm. Rechts S. 425) bezeichnet die Herausbildung der fiducia aus dem nexum als «nicht unmöglich», betont aber auch die angeführten Unterschiede.

Ein abschliefsendes Urteil über die Frage erscheint zur Zeit beim Fehlen aller Hülfsmittel als unthunlich.

---

1) Recht des nexum S. 77.

2) Z. Schr. f. gesch. Rechtswiss. XIV, S. 231, No. 77.

3) Jhering, Geist II, S. 527.

Indes mit der Frage nach dem Alter der fiducia hat das wenig zu thun; viel wichtiger hierfür ist ihr Verhältnis zur mancipatio und in iure cessio. Nun ist es eine Thatsache, dafs in allen Stellen des Gaius, Boëthius, Isidorus, welche überhaupt sich über die Entstehungsform der fiducia verbreiten, diese ausnahmslos mit den Formalakten der mancipatio und in iure cessio in Verbindung gebracht wird.[1] Dafs dies Zufall sein sollte, ist um so weniger anzunehmen, als jene Stellen samt und sonders einem Zeitalter ihre Entstehung verdanken, welches mit den strengen Requisiten der Formalakte bei der Eigentumsübertragung wenigstens hinsichtlich der res nec mancipi längst gebrochen hatte.

Ein Zusammenhang zwischen fiducia und mancipatio zeigt sich noch deutlicher durch die Thatsache, dafs beide zu gleicher Zeit praktisch waren, zu gleicher Zeit veralteten und gleichmäfsig bei Justinian völlig entschwunden sind. Wie von der mancipatio, so hat man auch von der fiducia geflissentlich alle Spuren aus der Kompilation auszumerzen gesucht, und wo noch etwas an die alte fiducia wenigstens äufserlich anklingt, wie bei der tutela fiduciaria, da verordnet Justinian ausdrücklich, dafs die alte Bestellungsform nicht mehr anzuwenden, sondern als geschehen zu fingieren sei.

Mit Recht haben diese Umstände zu der fast allgemeinen Anschauung Anlafs gegeben, dafs das Fiduciargeschäft nur im Anschlufs an jene Formalakte möglich gewesen sei: Sie ist danach keinesfalls älter als jene und teilt ihre Schicksale als sequela.

Die früheste Anerkennung der mancipatio nun als eines Eigentum übertragenden Rechtsaktes finden wir bekanntlich bereits in den Zwölftafeln, und es läfst sich bei der bekannten Tendenz dieses altrömischen «Grundgesetzes» mit grofser Wahrscheinlichkeit annehmen, dafs sie damals schon längst in dieser Eigenschaft in Übung gewesen ist. Folgt aber daraus das Gleiche für die fiducia? Man hat das besonders früher häufig angenommen in der Meinung, dieselbe sei einfach ein Bestandteil von mancipatio bezw. in iure cessio

---

[1]) Gaius II; 59, Boëthius und Isidorus an den oben citierten Stellen; bätische und pompejanische Urkunde.

gewesen; sie habe zur mancipatio gehört und zwar in der Weise, dafs alle bei ihr erforderlichen Abmachungen in dem Formalakt aufgenommen worden seien, etwa in folgender Art:

«hanc ego rem tibi fiduciae causa quo tutius ea apud te esset mancipio dedi eamque tu mihi ita remancipato uti ne propter te fidemve tuam captus frundatusve siem.»

War dies «pactum fiduciae» wirklich in dieser Weise der mancipatio inseriert, so ist es nur konsequent, ihre rechtliche Kraft ohne weiteres in den Zwölftafeln anerkannt zu finden durch die Worte:

«cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto. (tab. VI, 1; Bruns S. 23.)

Ob das pactum fiduciae damals wirklich auch schon gebräuchlich war, kann dabei füglich dahingestellt bleiben.

Diese Zulässigkeit der fiducia zur Zwölftafelzeit haben denn auch, wie erwähnt, von jeher zahlreiche Schriftsteller angenommen, am nachdrücklichsten Moritz Voigt;[1] ferner Bekker,[2] nach dem die actio fiduciae zwar sicher nicht uralt gewesen sein soll, jedoch kein zwingender Grund vorliegt, sie dem Zwölftafelrecht vorzuenthalten. Einen ähnlichen Gedankengang finden wir auch bei Dernburg[3] — offenbar habe man in der ältesten Zeit eine Verpfändung nicht gekannt; ferner sei die Form der Fiduziierung nichts Ursprüngliches, nichts Naturwüchsiges, vielmehr durchaus das Produkt künstlicher Spekulation, was mit Bestimmtheit auf eine verhältnismäfsige späte Entstehung des Institutes hinweise.[4]) An andrer Stelle[5] aber ergänzt Dernburg diese Behauptung dahin, dafs die act. fid. dem älteren Recht entstamme; Cicero schreibe sie den maiores zu, «und sie finde in der That in den Worten der Zwölftafeln ihren natürlichen Anhaltspunkt». Das will freilich wiederum wenig zu Dernburgs Anschauung[6] stimmen, wonach die formula der actio fiduciae zuerst in factum konzipiert worden sei und sich

---

1) Zwölf Tafeln a. a. O.; ius naturale Bd. II.
2) Aktionen I, S. 145.
3) Pfandrecht I, S. 10, 14 No. 29.
4) a. a. O. S. 10.
5) Heidelberger kritische Zeitschr. I, S. 471 fg.
6) Kompensation S. 51, 53.

erst nachher in eine solche in ius umgewandelt habe. Denn eine solche Verdichtung eines zunächst nur faktisch relevanten Thatbestandes in einen rechtlich bedeutsamen erscheint uns bei einem Institut des alten Civilrechts als eine unnötige, ja civilistisch unmögliche Annahme.

Noch entschiedener gehört hierher Scheurl,[1]) der sogar im Gegensatz zu Dernburg selbst von einer nur verhältnismäfsig späten Entstehungszeit des Instituts nichts wissen will, da die dazu erforderliche Kunst und Spekulation der römischen Jurisprudenz von den allerersten Anfängen an eigen gewesen sei.

Auch Geib[2]) ist hierher zurechnen, obzwar er sich über diesen Punkt nicht sehr bestimmt äufsert. Bei ihm wird eine Entwicklung der fiducia angenommen — in ihrer ursprünglichen Gestaltung erzeugt sie eine einseitige, strenge, aus dem alten Civilrecht hervorgehende Obligation des Gläubigers auf das blofse remancipare und mufs in dieser Form schon den Zwölftafeln angehört haben, während die neuere Gestaltung der actio fiduciae in factum concepta erst dem prätorischen Recht Entstehung und Klagbarkeit verdankt.

Ähnlich ist die Meinung von Pernice.[3]) Auch er bestreitet, dafs die actio fiduciae von Anfang bis zu Ende einen absoluten, unveränderlichen Inhalt gehabt habe, schreibt ihr vielmehr einen Entwicklungsgang von einer strengen zu einer freien Klage zu. In ihrer frühesten Entwicklung zwar in eine sehr frühe Zeit zurückreichend, habe die actio fiduciae jedoch — und hier trennt sich Pernice von der herrschenden Meinung — keine Anerkennung in den Zwölftafeln gefunden, da sich andernfalls kein Grund aufweisen lasse, sie darin nicht ebenso, wie die actio depositi in duplum, besonders aufzuführen.

Im Gegensatz zu dem letztgedachten Autor wollen der fiducia direkte Anerkennung in den Zwölftafeln zuschreiben Zachariae,[4]) Puntschart,[5]) Bremer[6]) u. a. Bei manchen

---

[1]) Kritische Vierteljahrschrift II, S. 418.

[2]) a. a. O. S. 118.

[3]) Labeo I, 424.

[4]) dissert. de fiducia S. 37.

[5]) Grundgesetzl. Civilrecht der Römer S. 289.

[6]) Pfandrecht und Pfandobjekte S. 3.

dieser Schriftsteller läuft der namentlich von Voigt (cfr. auch Bekker a. a. O.) vertretene Gedanke unter, dafs sich eine solche Klagbarkeit der fiducia (sc. in ihrer Funktion als cum amico contracta) aus einer Stelle des Paulus [1]) ergebe:

«ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.»

Für ein hohes Alter der fiducia tritt schliefslich auch Degenkolb [2]) ein — Scheingeschäfte seien in Rom nichts Künstliches, sondern entsprächen von vornherein dem römischen Formalismus.

Andre Gelehrte verhalten sich gegen ein hohes Alter der fiducia kritisch. So aufser Pernice wohl Sohm,[3]) nach dem wenigstens nur bei der mancipatio neueren Stils die fiducia zulässig gewesen sein soll. Zum mindesten zweifelhaft ist auch die Stellung Rudorffs. In den «Pfandklagen» [4]) spricht er sich gegen ein hohes Alter der actio fiduciae aus, indem er ihre Entstehung mit dem doch anerkannt ziemlich späten Aufkommen des Besitzpfandes (pignus) in dieselbe Zeit setzt, was ihm Scheurls Tadel einträgt. Dagegen läfst er die fiducia im Gegensatz zum pignus aus dem alten ius civile hervorgehen und leitet ihre obligierende Wirkung aus der «lex mancipationis» als einem Bestandteil der mancipatio ab.[5])

Einen entschiedenen Widerspruch hat die Lehre von der Altertümlichkeit der fiducia als eines klagbaren Rechtsaktes in jüngerer Zeit von mehreren Seiten erfahren, und zwar von drei verschiedenen Ausgangspunkten aus:

a) Ubbelohde[6]) macht geltend, dafs sich das Institut in den älteren Quellen nicht nachweisen lasse. Die Stelle in der Collatio handle keineswegs von der fiducia, sondern gehe auf eine altertümliche Deliktsklage, die Ubbelohde als actio de perfidia bezeichnet.[7]) Diese, in duplum gehende

---

[1]) Collatio X, 7, § 11.
[2]) a. a. O. S. 130.
[3]) Institutionen S. 35.
[4]) S. 194.
[5]) Z. Schr. f. Rechtsgesch. XI, S. 54.
[6]) Geschichte der benannten Realkontrakte S. 48 fg.
[7]) Das. S. 61.

und infamierende Klage habe auch noch in späterer Zeit fortgedauert, als — wohl im 7. Jahrhundert der Stadt — eine besondere actio fiduciae als Kontraktsklage aufgekommen sei. Beweis für das späte Entstehen der letzteren sei der Umstand, dafs sich in den Stücken des Plautus, der doch sonst so zahlreiche juristische Angelegenheiten in seinen Lustspielen behandle, die fiducia im technischen Sinn nicht erwähnt finde. Wo das Wort fiducia vorkomme, sei es untechnisch gemeint.[1])

Auch sei das pactum fiduciae unmöglich als ein Bestandteil des Rituals der Mancipationsformel anzusehen; es empfange seine verbindliche Kraft nicht ohne weiteres aus der bekannten Bestimmung der Zwölftafeln «si nexum» etc. Nur die bei Cicero erhaltenen Worte «uti ne propter te fidemve tuam captus frundatusve siem» seien in die mancipatio selbst eingeschaltet worden.[2])

b) Von anderen Gesichtspunkten geht Jhering[3]) aus. Nach seiner — unten in anderer Richtung näher zu kritisierenden — Ansicht hatte die Fiduciarklausel im Geschäfte selbst keinerlei Platz; ihre Einfügung sei bei den Formalakten wie mancipatio nicht mehr und nicht minder als eine «juristische Monstrosität» gewesen. Wenn sie demnach aufserhalb des eigentlichen (Formal-) Geschäftes gestanden, könne auch die Anerkennung der Nebenabreden in den Zwölftafeln auf sie keine Anwendung gefunden haben, und sie habe aus diesem Grunde jahrhundertelang das Schicksal aller anderen Verhältnisse der bona fides geteilt, d. h. ihre Wirksamkeit habe lediglich auf der bona fides des Gegners beruht, während das Recht daraus keine Klage gegeben.

Dieser Jheringschen Theorie scheinen, wenigstens dem Ergebnis nach, einigermafsen verwandt die Ansichten von Esmarch[4]); ursprünglich habe, scil. bei der fiducia — kein Richterspruch erzwingen können, wozu man sich dem Nächsten auf Treu und Glauben verbunden habe; — von Bechmann,[5])

---

[1]) Das. S. 50 fg.; cf. dort die einzelnen bez. Stellen.

[2]) a. a. O. S. 61.

[3]) Geist II, S. 514.

[4]) Röm. Rechtsgesch. S. 38.

[5]) Kauf I S. 289.

der gleichfalls zwischen thatsächlicher Anwendung und rechtlicher Bedeutung des Fiduciarvertrages scheiden will, und auch wohl von Demelius,[1]) der ebenfalls die Klagbarkeit der fiducia aus den Zwölftafeln in Abrede stellt.

c) Mit dieser Ansicht hängt u. E. zusammen eine andere, dritte, neuerdings weit verbreitete Meinung. Lenel[2]) hat in seinem Edictum Perpetuum die auch schon früher vertretene Anschauung zur Herrschaft gebracht, dafs der fiducia, ebenso wie dem depositum und commodatum, eine doppelte formula eigen gewesen sei, eine in ius und eine in factum konzipierte. Ihm haben sich Geib u. a. angeschlossen.

Es wird nun gegenwärtig gemeinhin behauptet, dafs von diesen beiden Arten der formula fiduciae die in factum concepta die ältere gewesen sei, ja, von einzelnen wird sogar nur eine einheitliche, auf das factum gestellte Formel anerkannt. Wie man nun auch hierüber denkt, so viel ist klar, wer die actio in factum für die ältere ansieht, kann nicht behaupten, dafs die fiducia den Ursprung ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit im alten Civilrecht gehabt habe, wie wir schon oben gegen Dernburg bemerkten.

Denn trotz Bekkers[3]) Zweifel mufs entschieden betont werden, dafs das Civilrecht keine actiones in factum gekannt hat, letztere vielmehr erst vom Prätor auf Grund civilrechtlich unerheblicher Thatbestände aufgestellt worden sind. Wenn man hiergegen Kellers allerdings an sich richtige Bemerkung ins Gefecht führt, dafs der Prätor unter Umständen den Stoff für seine neuen Klagen dem Civilrecht entlehnt habe, so ist das Argument gerade hier nicht am Platze. Denn das kann sich doch höchstens auf solche Fälle beziehen, die durch ihre Eigenart der Redaktion in einer formula in ius concepta technische Schwierigkeiten entgegensetzten, Schwierigkeiten, die bei der fiducia nicht bestanden. Soll hier doch nach jener Meinung gerade die jüngere Rechtsentwickelung einer formula in ius concepta die Bahn geebnet haben, und ein «Fortschritt» des jüngeren Rechts vom

---

[1]) Krit. Vierteljahrschr. X, 347.

[2]) Edictum Perpetuum S. 233.

[3]) Aktionen II, 130.

Geschmeidigen zum Technisch-Schwerfälligen kann vernünftigerweise nicht behauptet werden.

So ist nach dieser Anschauung die fiducia gleichfalls ein Produkt des neueren, prätorischen Rechts, frühestens dem 2. Jahrhundert vor Christo — nach der lex Aebutia — entstammend. Das hat denn auch Lenel[1]) offen anerkannt, indem er seine Hypothese von der formula in factum concepta zum Beweise benutzt gegenüber der Annahme einer Anerkennung der fiducia in den XII Tafeln.

§ 7. Eigene Darstellung.

Wir haben bei der Frage nach der Entstehung des Fiduciargeschäfts ein Doppeltes zu unterscheiden:

a) seit wann war die fiducia dem täglichen Verkehr bekannt?

b) wann wurde sie rechtlich anerkannt, mit der actio fiduciae versehen?

Beide Fragen können nur für die Zeit der XII Tafeln bezw. die spätere Zeit gestellt und beantwortet werden, da eine Behandlung der weiteren Frage, wie und ob fiducia, mancipatio, in iure cessio u. s. w. in den ersten Jahrhunderten der Stadt wirksam und bekannt gewesen seien, uns auf ein Gebiet der reinsten Phantasie hinausführen müfste.

Wie stellen sich nun aber die XII Tafeln selbst? Hier soll ja durch das Paulinische Fragment in der Collatio die Geltung der fiducia klipp und klar ausgesprochen sein. Voigt, der Hauptvertreter dieser Behauptung, macht auf die oben citierten Stellen des Cicero aufmerksam, nach denen noch zu dessen Zeit eine selbständige Kontraktsklage aus dem depositum unbekannt gewesen sein mufs, da er sie weder bei Aufzählung der bonae fidei actiones noch derjenigen der infamierenden Klagen berücksichtige. Die Stelle des Paulus müsse daher interpoliert sein; statt «ex causa depositi» habe es im Text ursprünglich geheifsen «ex fiducia cum amico contracta», welche Worte die Westgoten, aus deren Gesetzbuch

---

[1]) Z. Schr. d. Sav. Stift. III, 112.

jene Stelle uns überkommen sei, als bei ihnen unpraktisch geändert hätten.[1])

Puntschart, den wir schon unter den Konsentienten erblickt haben, steigert dies dahin, dafs Paulus mit jenen Worten ausdrücklich anerkannt habe, es sei bei der fiducia der dolus malus gestraft werden. Er legt sich daraus eine besondere legis actio pontif. fiduciae in ius und in factum zurecht. Wahrscheinlich derselbe Grund mag Bremer veranlafst haben, uns den Nachweis zu verheifsen, jede actio fiduciae sei in duplum gegangen.

Man sieht hieraus, dafs das Citat der Collatio recht ausgiebig fruktifiziert worden ist — nur schade, dafs alles heifse Bemühen nichts als verlorene Liebesmüh' gewesen ist! Zunächst erscheint schon auffällig, dafs diese Funktion der actio fiduciae (in duplum) uns nirgends anders als an dieser Stelle mitgeteilt ist. Ferner: die actiones depositi und commodati, wie wir sie in den Pandekten vorfinden, sind unzweifelhaft Spröfslinge der actio fiduciae,[2]) und doch wissen wir ganz genau, dafs beide nicht allgemein, sondern nur die actio depositi unter ganz besonderen Voraussetzungen, die Verurteilung in duplum nach sich zogen. Über den speciellen Ausnahmefall giebt Ulpian die erwünschte Auskunft in l. 1 § 1 D. XVI, 3, dep.

> «Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum est, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum . . . iudicium dabo.»

Gehen aber jene Tochterklagen nicht bezw. nicht ohne weiteres in duplum, so läfst das doch entschieden auf eine gleiche Behandlung der Mutterklage schliefsen.

Aber noch mehr! In demselben Titel der Collatio (X), in dem unsere vielberufene Stelle steht, findet man 2, § 7 eine andere:

> «actio commodati semper in simplum competit: depositi vero nonnumquam in duplum, scilicet si ruinae, vel naufragii, vel incendii, aut tumultus causa res deponitur.»

---

[1]) Jus. Naturale III, S. 521 No. 860; II S. 541.

[2]) Den Nachweis für diese Behauptung können wir erst später erbringen.

Ferner heifst es in X, 7, § 3:

«deponere videtur, qui in metu ruinae, incendii, nau fragii, apud alium custodiae causa deponit.»

Wir glauben nicht zu viel zu sagen, wenn wir behaupten, eine Beziehung der nachfolgenden Stelle (§ 11) zu gerade diesem speciellen Fall sei unverkennbar. Wenn Paulus zuerst sagt, in gewissen Fällen gehe die actio depositi wider die Regel in duplum, dann das Hingeben einer Sache bei Feuersnot unter den Begriff des depositum bringt und gerade für diesen speciellen Fall die Haftung in duplum statuiert, so bleibt ihm nur übrig, den Grund dieser verschiedenen Behandlungsweise darzulegen. Nur das soll § 11 besagen, und so betrachtet giebt er einen trefflichen Sinn. Was aber eine kaum zwei Zeilen enthaltende Notiz über die fiducia in einem Titel bedeuten soll, der sich «de deposito» benennt und in 10 Paragraphen in jedem einzelnen Wort auf dies Thema beschränkt, ist uns ganz unverständlich.

Wir erhalten sonach auf Grund des § 11 aus den Zwölftafeln eine actio ex causa depositi in duplum — wohlbemerkt, nicht actio depositi — gegen den, welchem man eine Sache tumultus, ruinae, incendii causa anvertraut hat.[1])

Die Voigtsche Vorstellung, welche hier nach der ursprünglichen Lesart eine Bestimmung über die fiducia wittert, gehört u. E. zu dem Ungeheuerlichsten, was dem gesunden Menschenverstande zugemutet werden kann. Denn angenommen — was auch Voigt niemals bestritten hat — dafs die fiducia notwendig sich als pactum oder lex contractus an einen Formalakt (mancipatio und in iure cessio) anschlofs, nötigt uns dieselbe zu der Annahme, dafs man ruinae, incendii, naufragii (!) causa eine mancipatio vornehmen mufste, um sich die in den Zwölftafeln verheifsene Klage zu sichern. Voigt scheint denn doch von der Geistesgegenwart der alten Römer etwas allzugrofse Stücke zu halten, wenn er meint, sie hätten bei Ausbruch einer Feuersbrunst in ihrer Wohnung, bei Einsturz ihres Hauses, nichts Wichtigeres zu thun gehabt,

---

[1]) Übereinstimmend mit uns Eisele, Exceptio S. 141; wogegen C. Sell, Jahrbücher d. Röm. R. II, 37 in den Zwölftafeln die actio fiduciae finden will.

als ihre Mitbürger zur Teilnahme an einer mancipatio zusammenzurufen!

Erheischen denn aber nicht die Ciceronianischen Citate eine solche Auslegung? Weisen sie nicht nach, dafs selbst damals, geschweige denn zur Zeit der Zwölftafeln, das depositum im Rechtsleben keine Rolle gespielt haben kann? Bei genauer Betrachtung nimmermehr! Denn aus dem Fehlen der actio depositi folgt niemals, dafs das depositum als solches jener Zeit unbekannt gewesen sei. Depositum, commodatum, emtio, conductio sind ebenso wie unsere entsprechenden deutschen Ausdrücke zuerst rein wirtschaftliche Begriffe des täglichen Lebens; ihr Vorkommen ist im Gegensatz zu den juristischen Formalakten unabhängig von ihrer rechtlichen Anerkennung, ja von dem Bestehen einer Rechtsordnung überhaupt. Auch Robinson kann seinem Freitag Sachen leihen und anvertrauen. Das depositum in diesem Sinne ist so alt wie die menschliche Gesellschaft, und ein Name wird einem so wichtigen Geschäft des täglichen Lebens schwerlich gefehlt haben. Nicht rechtliche Anerkennung hat depositum und Kauf geschaffen, sondern das faktische Bedürfnis dieser wichtigen Akte rechtliche Anerkennung erheischt. Wenn das römische «Grundgesetz» eine Klage «ex causa depositi» gab, so folgt daraus noch lange nicht, dafs es eine Kontraktsklage war; depositum ist zunächst ein ebenso faktischer Ausdruck wie furtum.

Mit dem Scheitern des direkten Beweises für die Anerkennung der fiducia in den Zwölftafeln ist der negative Beweis ihrer späteren Entstehung noch durchaus nicht geführt. Im Gegenteil glauben wir ganz entschieden, dafs schon die damalige Zeit das fiduciae dare gekannt habe. Denn das Hingeben einer Sache zum Pfand ist ebenfalls fast so alt wie der menschliche Verkehr — wohin wir sehen, finden wir bei allen Kulturvölkern den Realkredit schon auf sehr früher Entwickelungsstufe mehr oder weniger ausgebildet, nicht minder im griechischen wie im altdeutschen Recht, die beide eine der römischen fiducia überaus ähnliche Art der Verpfändung ausbildeten.

Und das klassische Volk der Rechtsbildung soll sich fünf

oder sechs Jahrhunderte lang ohne ein so wichtiges, so gesundes Rechtsinstitut beholfen haben? Das pignus kannte das alte römische Recht ja noch nicht; übertrug man jemandem den blofsen Pfandbesitz, so blieb er ohne Schutz gegen das Zugreifen Dritter und der Eigentumsklage des Schuldners ausgesetzt. Den Interessen des Gläubigers konnte daher damals nur eine Übereignung des Eigentums selbst wahrhaft frommen, die freilich des Schuldners Ansprüche auf Rückerstattung zu einem höchstens obligatorischen herabschraubten. Aber die Bevorzugung des Besitzenden, des Kreditgebers ist ja auch sonst das hervorstechendste Merkmal alten Schuldrechts; ein dem Schuldner ungünstiges Pfandrecht entspricht ganz dem Geiste einer Zeit, die den Leib des bankerotten debitor den Messern seiner mitleidslosen Peiniger preisgab.

Ebensowenig fehlte es für ein frühzeitiges Aufkommen der familienrechtlichen fiducia an Gründen, wenn es auch sehr zweifelhaft erscheint, mit Bechmann[1]) zu vermuten, dafs sich die vermögensrechtliche fiducia erst an die familienrechtliche angeschlossen habe. Ein solcher «Anschlufs» ist überhaupt unnötig; «angeschlossen» hat sich das Institut nur an den Formalakt, während ihm eine inhaltliche Individualität kaum jemals innegewohnt hat; die Gründe, aus welchen man ein pactum fiduciae «anschlofs», ergeben sich, dies erst als zulässig angenommen, aus den jeweiligen wirtschaftlichen Bedürfnissen ganz von selbst und unabhängig voneinander.

So viel ist richtig: wenn wir Livius[2]) trauen dürfen — und warum sollte er hier kein klassischer Zeuge sein? — so mufs schon zur Zeit der Licinischen Gesetzgebung (366 v. Chr.) die emancipatio praktisch gewesen sein, und mit dieser war, wie wir noch näher sehen werden, in ihrer alten Gestaltung ein pactum fiduciae verknüpft.[3])

> «eodem anno C. Licinius Stolo a M. Popillio Laenate sua lege decem millibus aeris est damnatus, quod mille iugerum agri cum filio possideret emancipandoque filium fraudem legi fecisset.»

---

[1]) Kauf I, 285.

[2]) lib. VII, cap. 16.

[3]) cf. Arnold, Kultur u. Recht d. Römer und über jenen Fall Jhering, Geist II, 459, S. 379.

Und auch für ein hohes Alter der Pfandfiducia besitzen wir wenigstens ein indirektes, schwerwiegendes Beweismittel: es sind die bei Cicero bei Erwähnung der fiducia immer wieder und wieder citierten Worte

«ut inter bonos bene agier oportet».

Sie muten uns zwischen den eleganten Perioden des Redners in ihrer markigen, altertümlichen Form wie ein wetterfestes Monument fernster Vergangenheit an; — Cicero selbst nennt sie «illa aurea».

Und so nehmen denn auch die Gegner, wie Esmarch und Jhering, schon für die früheste Zeit ein faktisches Vorkommen des Fiduciargeschäftes an, dem nur jahrhundertelang die Klagbarbeit gefehlt haben soll.

§ 8. Fortsetzung. — Die rechtliche Bedeutung der fiducia im ius civile.

Ob dem pactum fiduciae schon von jeher, nach den Grundsätzen des alten Civilrechts, der Rechtsschutz zur Seite stand, dürfen wir als eine der schwersten und zugleich bedeutsamsten Fragen unserer gesamten Darstellung bezeichnen. Wenn überhaupt, so kann eine endgültige Antwort darauf eigentlich erst auf der Schlufsseite gegeben werden, und ein Eingehen auf die systematische Seite des Institutes läfst sich daher auch hier nicht ganz vermeiden.

Die bätische, teilweise auch die pompejanische Urkunde ergeben nun folgendes:

a) die mancipatio fiduciaria geschah nummo uno;
b) die Worte fidi fiduciae waren dem Formalakt inseriert;
c) im übrigen blieb die Fiduciarberedung einem besonderen «pactum conventum» überlassen.

Letzteres kann jedenfalls nicht zur mancipatio gehört haben, schon weil es an den Förmlichkeiten des Aktes keinen Anteil hatte, wie die Bezeichnung als pactum und sein Inhalt deutlich ergiebt.

Puntschart[1]) behauptet zwar, das «Grundgesetz» (die Zwölftafeln) hätte die Formalakte des nexum und der man-

[1]) a. a. O. S. 286.

cipatio von den materiellen Akten ihrer Nunkupationen scharf unterscheiden wollen. Das durch die Mancipation in abstrakter Weise begründete Recht solle so gelten, wie der Kontrahent dasselbe gleichzeitig durch die mündlichen Worte individuell formuliert haben werde. Die nuncupatio verhalte sich also zur mancipatio, wie das Individuelle und Specielle zum Allgemeinen, wie der maerielle Inhalt eines Rechtsgeschäftes zu dessen Formalakt.

Diese Ansicht versetzt uns, wie wir gestehen müssen, in nicht geringes Erstaunen, ein Erstaunen, das vielleicht mancher alte Römer teilen würde, wenn es ihm vergönnt wäre, unter uns zu wandeln und zu beobachten, eine wie geschmeidige, wie Wachs gefügige Form das alte, strenge Civilrecht unter den Händen eines geeigneten Künstlers bei uns annehmen kann.

Wäre die nuncupatio wirklich der formlose, jeder möglichen Gestaltung fähige blofse Appendix eines Formalaktes, so wäre in das alte Civilrecht die rechtliche Bedeutung alles dessen, was wir sonst erst im Prätorischen Recht anerkannt wähnen, durch ein Hinterpförtchen glücklich hineingebracht, und Jherings glänzende Ausführungen über den Geist jenes Zeitalters fielen damit zum grofsen Teil über den Haufen. Aber niemand wird uns verargen, wenn wir einen um so vollständigeren Beweis für eine so weittragende Behauptung verlangen. Und hieran fehlt es!

Im Gegenteil! gegen Puntschart spricht aufser dem Geiste jener Zeit noch der Name nuncupatio, dessen Habitus absolut nicht zu einer formlosen Nebenberedung passen will. Wenn wirklich das Geschäft durch die nuncupatio erst seine Individualität bekommen hätte, so müfste es doch Wunder nehmen, dafs die Römer noch immer schlechthin von mancipatio reden, statt dafür das durch die nuncupatio jeweilig individualisierte konkrete Geschäft aufzuführen.

Nein, für uns bleibt die nuncupatio, abgesehen etwa von der Besonderheit des testamentum per aes et liberam, ein starrer Bestandteil der Solennität des Formalgeschäftes. Innerhalb dieses Rahmens — das ist ihre Funktion! — mag sie dem Geschäft seine «konkrete Gestaltung» an die Stirn schreiben, seine causa darthun, auch Nebenbestimmungen beifügen — aber damit genug!

Aber trotzdem glauben wir die Klagbarkeit der fiducia für die älteste Zeit retten zu können. Denken wir uns das eigentliche pactum fiduciarium der bätischen Urkunde, das freilich nach Jherings treffender Ausführung nach altrömischen Rechtsanschauungen nimmermehr klagbar sein konnte, weg, so behält die mancipatio fiduciaria doch noch ihre Besonderheiten — sie geschieht numo uno und ihre nuncupatio enthält die fidi fiduciae causa.

Sollte dem gar keine rechtliche Wirkung innegewohnt haben; sollte der Gläubiger, dem eine Sache nachweislich nur so mancipiert worden war, auch nach erwiesener Tilgung der Schuld jene ruhig haben behalten dürfen? Wir glauben kaum!

Gerade die fides, welche die Parteien in ihrer mancipatio selbst feierlich angerufen hatten, erheischte hier gebieterisch rechtliche Anerkennung der Abrede. Materiell war es summa iniuria, dem Schuldner in solchem Fall nicht zu Hülfe zu kommen, und formell bot die Bestimmung «si nexum faciet» etc. eine bequeme Handhabe. Die römischen praetores und iudices waren doch gewifs Manns genug dazu, sich an formalen Bedenken nicht zu stofsen, wo sich ihnen ein so schöner Vorwand bot, ganz dem Wortlaut des Gesetzes gemäfs einen schnöden Treubruch zur Verantwortung zu ziehen, dessen Straflosigkeit schon dem religiösen Geist des alten Rechts widersprochen hätte. War es doch das charakteristische Merkmal der Zwölftafel-Interpretation, dafs man es unter äufserlichem Festhalten an dem Gesetzesbuchstaben verstand, die strengen Formen dem Verkehr anzupassen — freilich nicht in der von Puntschart behaupteten Weise.[1]

Und die Beifügung einer causa im Ritual des Geschäftes ist nichts so Exorbitantes, als es nach Jherings Ausführungen fast scheinen könnte. Bei Bruns-Mommsen[2] finden wir in der donatio des Fl. Artemidorus, der Statia Irene, der Iulia Monime die Bezeichnung «donationis causa», während es in den Kaufurkunden immer heifst: emit mancipioque accepit.

---

[1]) cf. Jhering a. a. O.
[2]) S. 252 fg.

Kaum mit Unrecht meint Lenel,[1]) dafs die Einführung der konkreten causa in die Mancipationsformel das Gewöhnliche gewesen sei. Diese causa wird doch nun höchst wahrscheinlich stets unter anderem die Folge gehabt haben, dafs die für das betreffende Rechtsgeschäft etwa geltenden besonderen Regeln jetzt ohne weiteres zur Anwendung kommen konnten. Oder meint Jhering, dafs die Schenkung der Statia Irene, weil in Gestalt einer mancipatio vorgenommen, nicht den für die Schenkungen bestehenden Beschränkungen unterworfen worden sei, nachdem der Schenkungscharakter durch die Einführung der causa festgestellt war?

Wir stellen daher unsere Ansicht über das Alter der fiducia endgültig dahin auf, dafs jene zur Zeit der Zwölftafeln oder doch wenig später sowohl praktisch angewendet wurde, als auch des Rechtsschutzes teilhaftig war.

Erklärt sich doch die nachherige, jahrhundertelange Fortdauer der fiducia neben den neueren Pfandrechtsformen zum grofsen Teil nur daher, dafs sie ein altehrwürdiges, fest eingewurzeltes Rechtsinstitut, wie die mancipatio, gewesen sein mufs. Der Prätor hätte schwerlich Lust und Bedürfnis dazu empfunden, kurz hintereinander zwei grundverschiedene Pfandrechtsformen, fiducia und pignus, zu schaffen bezw. mit rechtlicher Kraft zu begaben.

§ 9: Weitere Geschichte des Fiduciargeschäftes.

Wie dem aueh sei — jedenfalls ist die fiducia zu Ciceros Zeit, wie aus ihrer so häufigen Erwähnung hervorgeht, ein Gebilde voll blühenden Lebens, dem auch zweifellos schon eine längere Vergangenheit innewohnt — die veteres haben sie nach den Berichten unseres Autors entwickelt und der pontifex maximus Mucius Scaevola wird von ihm in einer jener Stellen als Gewährsmann aufgeführt.

Nicht minder bekannt ist die fiducia der früheren Kaiserzeit. Vor allem scheint der Prätor sich ihrer Pflege ange-

---

[1]) Zeitschr. der Sav. Stift. III, S. 178.

nommen zu haben — sie erhielt einen Platz in seinem Edikt und ging demgemäfs noch in Salvius Iulianus' edictum perpetuum über. Hier fand sie nach Lenels[1]) verdienstvollen Forschungen ihren Platz hinter der actio depositi im tit. XIX § 107.

Nicht minder finden wir sie in den Schriften der klassischen Juristen, bei Julian, Gaius, Pomponius, Papinian, Ulpian, Paulus und Modestin. Dafs jene sie in ihren Ediktskommentaren zu besprechen Veranlassung nahmen, liegt auf der Hand — aber auch ihre systematischen Schriften enthalten darüber mancherlei: Gaius erwähnt sie an zahlreichen Stellen; Paulus in seinen Sentenzen und Pomponius widmen ihr einen eigenen Titel. Desgleichen wird sie in Sammelwerken, wie den fragmenta Vaticana, wiederholt erwähnt. Nur erfuhr sie zu dieser Zeit immer weitere Einschränkungen ihrer Anwendung — die selbständig gewordenen Kontrakte des pignus, commodatum, depositum mufsten ihr mehr und mehr an Terrain abgewinnen; für Testament, Emancipation u. s. w. kamen andere Formen auf; die Fiduziierung von Hauskindern ward unzulässig.

Mit diesen Einschränkungen erhielt sich das Institut nun aber bis in die vierte Periode. Wenigstens zu Eingang derselben, unter Diocletian, ist sie jedenfalls noch praktisch und nach Wächters[2]) wohl begründeter Ansicht auch keineswegs selten gewesen. Von da ab beginnen die Quellen spärlicher zu fliefsen. Namentlich die Kaiserkonstitutionen zeigen auffallend dürftige Resultate, und im ganzen Codex Theodosianus ist sie nur einmal aufgeführt — in l. 9 C. Th. XV, 14 unter dem Katalog der Rechtsgeschäfte, welche, soweit sie unter der Herrschaft des Tyrannen Eugenius vorgenommen sind, von Arcadius und Honorius i. J. 395 für gültig erklärt wurden.

Vereinzelt zeigt sich eine Erwähnung der fiducia auch bei andern Schriftstellern — so bei Ambrosius, Isidorus, Boëthius. Die jüngste, unseres Wissens von der fiducia im technischen Sinn handelnde Stelle entstammt den Schriften des

---

1) Edictum Perpetuum S. 232.
2) Archiv f. civil. Prax. XV, S. 134.

Bischofs von Clermont-Ferrand, Sidonius Apollinaris, der 484 starb.

Im Justinianischen Recht dagegen ist unser Institut vollkommen entschwunden, und schon oben haben wir im Interesse unserer Darstellung die eiserne Konsequenz zu beklagen Veranlassung nehmen müssen, mit der der Kaiser alle Spuren desselben aus der Kompilation zu vertilgen bestrebt war. Nehmen wir die erwiesene Thatsache hinzu, dafs dabei absichtlich das Wort «fiducia», so oft es vorkam, durch pignus, depositum oder dergl. ersetzt wurde, so erscheint die Annahme gerechtfertigt, dafs die fiducia damals bereits aufgehört hatte, ein Institut geltenden, praktischen Rechtes zu sein, und dafs pignus und wie die andern Geschäfte alle heifsen mögen, ihre Erbschaft schon vor ihrem officiellen Begräbnis angetreten hatten. Sie teilte damit nur das Schicksal der mancipatio, die Justinian «nostri animi vigilantia», wie er mit gewohnter Bescheidenheit sagt, durch Aufhebung des nudum ius quiritium unnötig gemacht und dann abgeschafft hat; l. un. C. h. t. VII, 25; l. un. § 5 C. VII, 31. In dieser Abschaffung liegt auch implicite die endgültige, formelle Aufhebung der fiducia, als welche sich notwendig an jenen Formalakt anschliefsen mufste — die in iure cessio war ja schon längst obsolet geworden.

So klar dieser Entwicklungsgang erscheint, so ist seine Richtigkeit doch wiederholten Anfechtungen ausgesetzt gewesen. Cuiacius ist der vornehmste Vertreter einer Meinung, nach der nicht erst durch Justinian, sondern schon durch Constantin die fiducia abgeschafft sein soll.[1])

Fiducia, sagt er, est pignus, quod creditori mancipatur, aut in iure ceditur, ea lege, ut soluta ad diem pecunia remancipetur, non soluta creditori pleno iure committetur, id est, lege commissoria. Est ergo fiducia pignoris lex commissoria.

Demnach habe das Gesetz vor 326 (l. 3 C. VIII, 34) mit der lex commissoria überhaupt auch der fiducia insbesondere die Rechtswirksamkeit entzogen. Diese Meinung wurde auf lange hinaus die herrschende — «quae omnium ferme nunc

[1]) In den Anmerkungen zu Paulus Sententiae II, 13, sowie Opera omnia I, 390.

est sententia», sagt J. Gothofredus, der sie bekämpft. Von Neueren vertritt sie anscheinend nur noch Schweppe.[1])

Gegen Cuiacius sind in Opposition getreten zuerst Jacobus Gothofredus,[2]) sodann Schulting,[3]) Conradi,[4]) Sintenis,[5]) und gegenwärtig darf seine Anschauung als stillschweigend abgethan bezeichnet werden. Und das mit Recht, denn dem einen gebrechlichen Beweisgrund des Cuiacius, dafs Paulus die fiducia unter dem Titel de lege commissoria erwähnt, gegenüber kommt entscheidend in Betracht, dafs sich die Authenticität dieser Überschrift denn doch kaum ganz sicher feststellen läfst — sind uns Paulus Sententiae doch überhaupt nur sehr fragmentarisch erhalten —; dafs sich eine solche begriffliche Zusammengehörigkeit von lex commissoria und fiducia sonst nirgends erwähnt findet, ja unmöglich ist, da die Pfandfiducia vielleicht den wichtigsten, keinesfalls aber den einzigen Anwendungsfall des Fiduciargeschäftes gebildet hat. Eine l. comm. bei der familienrechtlichen, der Freundschaftsfiducia wäre aber ein Nonsens.

Und auch die Pfandfiducia mufs nach 326 noch praktisch gewesen sein — das beweisen mit Evidenz die Stellen aus Boëthius und Isidorus, sowie die constitutio des Arcadius und seines Bruders. Durch die bätische Tafel ist das Verhältnis vollends klargestellt — danach bildet die commissoria einen Bestandteil des pactum conventum, d. h. eine, praktisch überaus häufige, Hinzufügung, kein an sich wesentliches Merkmal (essentiale) des Geschäfts. —

Neuerdings ist nun aber die Ansicht von dem früheren Verschwinden der fiducia in anderer Form wieder hervorgeholt von C. O. Müller[6]) und M. Voigt.[7]) Zwar nicht gerade durch jenes Gesetz, sei jene doch schon im vierten Jahrhundert unpraktisch geworden. Beweismittel bringt Voigt auch hier nicht bei, und es mufs wunder nehmen, wieso er

---

[1]) Rechtsgeschichte § 256.

[2]) Zu Cod. Theod. I, S. 292.

[3]) Jurisp. Vet. Antejust S. 282, er drückt sich freilich nicht ganz unzweideutig aus.

[4]) a. a. O.

[5]) Pfandrecht S. 196.

[6]) Institutionen S. 488.

[7]) Ius Naturale II, 941.

trotzdem zu seiner apodiktischen Behauptung kommt. Jene Kodexstelle von 395, sowie die Citate aus Boëthius und Sidonius hätten ihn doch eines Besseren belehren sollen. Voigts Meinung, dafs diese Stellen nicht mehr von der fiducia im technischen Sinne handelten, wird durch ihren oben mitgeteilten Wortlaut entscheidend widerlegt. Auch die von Voigt selbst erwähnte, bei Spangenberg[1]) abgedruckte Urkunde aus dem 5. Jahrhundert:

de fundo . . . quem Tranquillius fiduciae nexu obligaverat,

kann sich sehr wohl, ja wird sich wahrscheinlich auf die alte, technische fiducia bezogen haben.

Nur darin geben wir Voigt recht, dafs die späteren, aus der Langobardenzeit stammenden Erwähnungen der «fiducia», des «fiduciare» etc. sich nicht auf das eigentliche Fiduciargeschäft beziehen — denn dies war damals mit der mancipatio, seiner Grundlage, längst untergegangen.

Das richtige Verhältnis geben Sintenis[2]) und Büchel[3]) an: die fiducia ist mehr und mehr von den andern, verwandten Kontrakten aufgesogen worden, erhielt sich schliefslich nur noch formell, bis ihr Justinan den Gnadenstofs gab.

Abteilung III.

Dogmatische Darstellung.

Kap. I. Die Form der fiducia.

§ 10: Das Hauptgeschäft.

Die fiducia hat sich uns schon dargethan als etwas eigentlich sehr Wesenloses — sie ist weder ein selbständiger Rechtsakt, noch ein individuelles Geschäft im wirtschaftlichen Sinne. Materiell betrachtet, fehlt ihr jede

---

[1]) Iuris. Rom. Tab. Neg. N. 13.
[2]) Pfandrecht S. 196.
[3]) de fiducia S. 48.

Einheit; sie verwandelt proteusartig ihre Gestalt, indem sie Pfand-, Deposital-, Mandats- und den verschiedensten familienrechtlichen Zwecken dienen kann. Ihre Einheit vermag daher nur in der Form zu liegen. Hier erscheint sie als Nebengeschäft — es fragt sich also zunächst: als Nebengeschäft wozu?

Die Antwort scheint nicht schwer zu fallen — schon oben haben wir zahlreiche Stellen aufgeführt, welche die fiducia als lex oder pactum bei der mancipatio oder in iure cessio bezeichnen. Und zwar wird meistens nur erstere erwähnt; das seltenere Vorkommen des letzteren Aktes erklärt sich ohne weiteres aus der Thatsache, dafs sie an praktischer Bedeutung von jeher zurücktrat und zur Zeit der klassischen Juristen vollends ihre Anwendung bei Übertragung von res nec mancipi zu Gunsten der traditio eingebüfst hatte.

Dagegen die traditio ist an keiner einzigen Stelle als ein Geschäft bezeichnet, dem das pactum fiduciae beizutreten fähig gewesen wäre, und aus dieser negativen Thatsache hat die herrschende Meinung von jeher den Schlufs gezogen, dafs die fiducia nur bei Anlehnung an einen jener Formalakte habe angewendet werden können. So Cuiacius,[1] v. Savigny,[2] Puchta,[3] Schweppe,[4] Rudorff,[5] C. O. Müller,[6] Büchel,[7] Sintenis,[8] Scheurl,[9] Esmarch,[10] Krüger,[11] Arnold,[12] Wendt,[13] Dernburg,[14]

---

1) Opera omnia I S. 390.
2) System V, 486; Besitz § 24 N. 4, wo der Text sogar nur von mancipatio spricht, und erst in der Anmerkung die in iure cessio hinzugefügt wird.
3) Institutionen II § 247; Vorlesungen § 193.
4) Röm. Rechtsgesch. § 279.
5) Zeitschr. f. R.-Gesch. XI, 75 N. 29.
6) Institutionen S. 158.
7) Natur des Pfandrechts S. 123.
8) Pfandrecht S. 195.
9) Beiträge II S. 39; Krit. Vierteljahrschrift II, 418.
10) Röm. Rechtsgesch. S. 150.
11) Krit. Versuche S. 58.
12) Kultur und Recht d. Römer S. 212.
13) Pandekten.
14) Pfandrecht S. 8, 10.

Vering,[1] Arndts,[2] Bechmann,[3] Bachofen,[4] Sohm,[5] Lenel,[6] Schulin[7] und andre.

Nur die Stimmen vereinzelter Dissentienten haben sich dagegen vernehmen lassen. So vornehmlich diejenige Muthers, der in jenen Stellen nur Beispiele sieht;[8] sei doch auch in ihnen die in iure cessio übergangen, obwohl sie doch sicher das pactum fiduciae habe aufnehmen können. Wo beide Formalakte aufgeführt, sei das mit Rücksicht auf die usureceptio geschehen, um diese zu erklären. Indes giebt Muther doch zu,[9] dafs durch traditio nur eine «fiducia im weiteren Sinne» habe begründet werden können im Gegensatz zu der im engeren Sinn; was er unter jener weiteren versteht, ist nicht sehr klar ausgedrückt, jedenfalls bringt er sie mit der arrha in Verbindung.

Im Anschlufs daran hat sich auch Rein[10]) für die Möglichkeit der fiducia bei der traditio ausgesprochen («mit grofser Wahrscheinlichkeit», wie er sagt). In mehr zweifelnder Weise bekennt sich zu dieser Anschauung weiterhin Bekker;[11] durch die Quellen werde die Beschränkung der fiducia auf mancipatio und in iure cessio nicht bewiesen; wenn man aber bedenke, dafs kaum praktische Veranlassung vorgelegen habe, sie bei andern Sachen anzuwenden, so werde es nicht unwahrscheinlich, dafs trotz Fehlens rechtlicher Hindernisse die fiducia bei der traditio nicht ins Leben eingeführt sei. —

Die Gründe der Vertreter der herrschenden Richtung sind im allgemeinen spärlich; man beschränkt sich auf die Quellenstellen hinzuweisen, aus denen die Unthunlichkeit der fiducia bei der Tradition herauszulesen sei. Hierauf allein zielen auch die Ausführungen Dernburg's in seiner Polemik gegen Muther (a. a. O. S. 10) — beide Formalakte seien als etwas durchaus Notwendiges in den Quellen erwähnt.

---

1) Pandekten S. 441.
2) Pandekten § 365 N. 1.
3) Kauf I S. 289.
4) Pfandrecht S. 2.
5) Institutionen S. 38.
6) Zeitschr. d. Sav.-Stift. S. 112 fg.
7) Gesch. d. Röm. Rechts S. 425.
8) Sequestration S. 377.
9) S. 378.
10) Privatrecht u. Civilprocefs d. Römer 345, 350.
11) Actionen I S. 36.

Wir müssen gestehen, dafs uns das keineswegs als ausreichend erscheint. Der herrschenden Meinung gegenüber haben Muther und Bekker vollkommen recht, wenn sie einen solchen ausschliefslichen Sprachgebrauch einfach bestreiten, und wenn Lenel[1]) den Widerpruch jener Gelehrten gegenüber den betr. Stellen als «unbegreiflich» bezeichnet, so erscheint uns unsererseits diese Äufserung als unbegreiflich. Denn die Stelle aus Isidor ist doch bei aller Ehrfurcht vor diesem heiligen Manne keine genügende Veranlassung, zumal sie durchaus nicht apodiktisch gehalten ist, und wenn Gaius von mancipatio und in iure cessio spricht, so ist damit eine absolute Notwendigkeit eines dieser Formalakte zur Begründung der fiducia durchaus nicht behauptet; höchstens sprechen sie für die ohnehin nie bezweifelte Thatsache, dafs res mancipi die häufigsten Objekte der Fiduziierung bildeten, bei denen ein Formalakt freilich Erfordernis war; ob das aber in einem der, freilich seltenen Fälle der Fiduziierung einer res nec mancipi (cf. l. 9 § 2 D. XXXIII 10) ebenso war, läfst sich aus jenen Citaten schwerlich herauslesen.

Auch der von Dernburg fernerhin hervorgehobene Umstand, dafs die eigenthümliche Natur des Institutes in der Öffentlichkeit und Solennität gelegen habe, kann nicht entscheidend ins Gewicht fallen; ja diese Behauptung enthält eine petitio principii, denn nur unter Voraussetzung der Notwendigkeit jener solennen Form ist eine derartige Natur des Geschäftes bewiesen; in seinem inneren Wesen liegt sie nicht ohne weiteres begründet.

So hat sich denn auch ein Teil der Schriftsteller bewogen gefühlt, nach andern Beweismitteln Umschau zu halten. Meist freilich ohne durchschlagende Wirkung. Zunächst die von einigen angezogene rechtliche Unwirksamkeit eines nudum pactum bei der traditio stände der Zulassung nicht im Wege. Mit Recht kann dem die Stelle des Gaius aus seinem Zwölftafelkommentar entgegengehalten werden (l. 48 D. de pactis II, 14)

> in traditionibus rerum quodcunque pactum est, id valere manifestissimum est.

---

[1]) S. 114 a. a. O.

Und was sind schliefslich die Realkontrakte anders, als traditiones mit formloser Beredung. —

Scheurl[1]) will die Unmöglichkeit der traditio bei der fiducia dadurch darthun, dafs sie in diesem Falle kein Eigentum habe übertragen können, weil ihr die iusta causa gemangelt habe, denn die causa bei dem Fiduciargeschäft sei nur auf Bestellung des Pfandrechts gegangen (l. 31 pr. D. XII, 1).

Sollte das richtig sein? Zwar der Zweck der fiducia ging — und auch dies keineswegs immer, da es doch noch andre Fälle derselben gab — nur auf Begründung einer Sicherheit für eine Forderung, nicht auf vollständigen und endgültigen Sacherwerb des Gläubigers; aber die zunächst in Betracht kommende rechtliche Absicht bezog sich notgedrungen auf das Mittel zu diesem Zweck, d. h. die Eigentumsübertragung sub pacto fiduciae, und da diese Übertragung demnach einen integrierenden Bestandteil dieses Geschäfts bildete, auch auf diese. Absicht und Zweck deckten sich nicht, vielmehr schofs erstere über letzteren notgedrungen hinaus; da der direkte Weg zum Näheren, dem Pfandrecht, versperrt war, durfte man den Umweg über das Weitere, die Eigentumsübertragung, nicht scheuen.

Hält man Absicht und Zweck in dieser Weise auseinander, so sollte man billig zu dem Ergebnis kommen, dafs die rechtlichen Wirkungen einer Handlung zunächst lediglich nach der ersteren, nicht nach dem letzteren beurteilt werden können. Dem Zweck, der auf wirthschaftlichem Gebiet zu liegen pflegt, fehlt die juristische Bestimmtheit, und nicht einen, sondern oft sehr zahlreiche Zwecke hat man bei manchen Rechtshandlungen im Auge. Zweck und Motiv, gewissermafsen sein Gegenbild, sind daher für die Gültigkeit einer Handlung keineswegs bestimmend, wie wir aus der Lehre vom Irrtum wissen («falsa causa non nocet»). Von Belang ist dagegen die notwendig einheitliche, rechtlich bestimmte Absicht, die bei der traditio als animus dominii transferendi erscheint. Diese mufs zur Eigentumsübertragung genügen; ein konkreter Zweck mag zwar in praxi immer vorhanden sein, ja die äufserlich nicht selbständig hervortretende Absicht scheinbar in sich

---

[1]) Beiträge II S. 15.

enthalten — aber er wirkt trotzdem niemals konstitutiv, sondern immer nur deklarativ; er ist, um einen bekannten logischen Ausdruck aufzunehmen, Erkenntnisgrund, nicht Realgrund für den Eigentumsübertragungswillen, als welcher den Eigentumsübergang bewirkt.

Diese Deduktion, logisch schwer anfechtbar, soll nun aber mit den römischen Grundsätzen nicht in Einklang stehen. In der l. 31 D. XLI, 1 will Lenel gerade für die fiducia das Gegenteil anerkannt finden. Der in dieser Stelle enthaltene Satz, die nuda traditio übertrage nicht anders das Eigentum, als wenn aliqua iusta causa praecesserit, bedeute bei seiner ursprünglichen Stellung im Titel de fiducia (cfr. oben), dafs die Römer nicht dem abstrakten animus dominii transferendi die Kraft der Eigentumsübertragung zuerkannt, sondern konkrete Fälle aufgezählt hätten, in denen eine genügende causa anzunehmen sei, und zweitens, dafs dadurch der Annahme, in der fiducia liege etwa eine solche genügende iusta causa, habe entgegengetreten werden sollen. Wer die iusta causa als ein Ganzes ansehe, nicht daran gewöhnt sei, den näheren Zweck der Eigentumsübertragung von dem ferneren ökonomischen Zweck zu scheiden, für den könne die traditio fiduciae causa nichts sein als eine Anvertrauung des Besitzes zu Pfand, Depositum oder ähnlichen Zwecken.

Wenn wir es uns auch leider versagen müssen, auf die hochinteressante Lehre von der iusta causa traditionis hier mit erwünschter Ausführlichkeit einzugehen, so kann diese Ausführung doch nicht unwidersprochen bleiben. Wenn die Römer wirklich, wie das ihrer, den Abstraktionen wenig günstigen realistischen Denkungsweise nur entsprechen würde, den abstrakten animus dominii transferendi für etwas Unmögliches gehalten und immer nur in seiner konkreten Umkleidung durch eine causa, beispielsweise die causa credendi oder donandi, als zur Eigentumsübertragung geeignet anerkannt haben, so folgt daraus zwar, dafs eine solche iusta causa für die Annahme jenes animus notwendiges Beweismittel (also Erkenntnisgrund), nicht aber, dafs sie konstitutives Moment der Eigentumsübertragung selbst (also Realgrund) gewesen sei; denn auch ein notwendiges Beweismittel ist doch immer nur ein Beweismittel.

Kommt der iusta causa wirklich nur jene deklarative Bedeutung zu, dann mufs zwar jeder der Kontrahenten eine iusta causa haben, aber diese causae brauchen nicht übereinzustimmen, weil nur eine causa überhaupt qua Erkenntnismittel des animus d. tr., nicht eine bestimmte causa als solche, verlangt wird. Und nach einer entsprechenden Stelle haben wir nicht lange zu suchen. In unmittelbarer Nähe unserer l. 31, in l. 36 D. h. t., verwirft Julianus mit Entschiedenheit die Anschauung von der stärkeren Bedeutung der iusta causa:

> «cum in corpus quidem consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio.»

Hätte Julian die causa als wesentliches Moment der Eigentumsübertragungsabsicht aufgefafst — nicht als ihr Gewand, sondern als ihren Körper selbst — so müfste ihm ein solcher dissensus als dissensus im Geschäft erscheinen, der dessen rettungslose Nichtigkeit zur Folge haben würde. Hatte Julian aber diese Ansicht nicht, so kann er kaum eine causa fiduciae als ungenügend zur Eigentumsübertragung angesehen haben.

Gegen die Lenelsche Theorie spricht auch, wie nebenbei bemerkt werden mag, sehr erheblich die ganze Existenz der condictiones indebiti, sine causa etc. Bei der die erste begründenden Hingabe hat doch ganz entschieden ein solcher consensus in der causa nicht stattgefunden, und doch entspringt daraus eine condictio, welche den erfolgten Übergang des Eigentums auf den Empfänger voraussetzt!

Seltsam wäre es doch auch zum mindesten gewesen, wenn die Römer auf der einen Seite durch die unterlassene Ausbildung eines Pfandrechtes die Kreditnehmer genötigt hätten, sich durch interimistische Sachübereignung Mittel zu verschaffen, auf der andern Seite eine derartige Hingabe nicht als genügenden Erwerbsgrund des Eigenthums anerkannt hätten. Sie hätten alsdann mit der andern Hand genommen, was sie mit der einen gegeben.

Dafs der einer Hingabe innewohnende Pfandzweck, d. h. die Bestimmung, dafs das Hinzugebende lediglich zur Sicherheit des Gläubigers dienen und nach erreichter Be-

friedigung an den Schuldner zurückgegeben werden solle, den Übergang des Eigentums nicht aufhält, zeigt die Möglichkeit, Geld und andre fungible Sachen zum pignus irregulare hinzugeben, l. 34 § 2 D. de pign. XX, 1, l. 7 § 1 D. 20, 4 (quippe cum res ex nummis pigneratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignerata est).

Also nicht etwa auf die Vermischung des Geldes, welche nur eine condictio hätte herbeiführen können, kommt es an, sondern der Eigentumsübergang wird hier auf die Gültigkeit des Pfandvertrages zurückgeführt.[1])

Ja noch mehr! Auch beim Depositum war bekanntlich für fungible Sachen eine Eigentumsübertragung denkbar mit der Verpflichtung zur restitutio von tantundem eiusdem generis, und wenn man es mit dem Begriff und Zweck des Institutes für unvereinbar gehalten hätte, diesen Effekt eintreten zu lassen, so durfte man diese Fälle nicht unter den Namen des depositum bringen. Nun ist aber im Gegenteil nicht auf die Vermischung, sondern auf den Vertrag der Übergang zurückgeführt, und damit trotz des lediglich auf deponere gehenden Zwecks ein Eigentumsübergang bezw. eine iusta causa anerkannt, woraus sich doch mindestens für die fiducia cum amico der entsprechende Rückschlufs ziehen liefse.

In der l. 30 D. XVII, 1 ferner, einer Stelle, die ursprünglich bekanntlich von der fiducia gehandelt hat, ist nach der Justinianischen Lesart von einem Mandat die Rede «si hominem tibi dedero ut manumitteres». Hier erwirbt der Beauftragte Eigentum auf Grund des Mandates, denn sonst müfste die seitens des Bevollmächtigten nach geschehener Aufkündigung erfolgte Veräufserung ganz wirkungslos bleiben statt

---

[1]) Ein wahres Pfandrecht im technischen Sinne entsteht hier natürlich ebensowenig wie durch die Hingabe fiduciae causa. Nur der Zweck ist pfandrechtlicher Natur, nicht die juristische Absicht. Die Versuche von Pfaff, «Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung» S. 35 und Exner, «Kritik des Pfandrechtsbegriffs» S. 187 erschweren diese Einsicht durch komplizierte Konstruktionen. Es ist einmal vergebliches Unterfangen, die Einheit des Pfandbegriffes auf dem rein juristischen statt auf dem wirtschaftlichen Gebiet finden zu wollen. Wirtschaftlich ist alles Pfandrecht einheitlich, und das ist Grund genug, auch jene Fälle unter dem Namen «Pfandrecht» zu begreifen; cf. Leist, Sicherung von Forderungen etc. S. 98.

dafs, wie die Stelle entscheidet, nur die actio mandati dadurch begründet werden könnte. Sonach bildet auch das Mandat eine iusta causa traditionis.

In noch anderer Weise will Bachofen seine Meinung begründen. Er folgert sie aus der angeblichen Unmöglichkeit, mit der Tradition in ähnlicher Weise wie mit der mancipatio und in iure cessio das pactum fiduciae zu verbinden. Auch das ist haltlos. Wohl mit jedem Realvertrag mufste, um mit Bachofen zu reden, ein pactum verbunden werden. Oder glaubt jener, dafs sich die Kontrahenten bei Abschlufs eines Deposital-, Leih- oder Pfandvertrages ganz mäuschenstill verhalten haben? Bei allen diesen Verträgen ist die res, die körperliche Hingabe der Sache, die Grundlage der Klagbarkeit, aber sie bildet nicht allein das Geschäft, und neben der Hauptberedung konnten auch Nebenbestimmungen, z. B. über das Tragen der Gefahr, mit rechtlicher Kraft beigefügt werden. Warum sollte es sich aus diesem Grund bei der fiducia abweichend verhalten haben?

Ähnlich äufsert sich auch Sohm:[1]) der Grund der Unmöglichkeit liege darin, dafs die traditio als formloser Vertrag keine lex traditioni dicta geduldet habe. Wodurch unterscheidet sich diese «lex dicta» von den Abreden über casus beim depositum? Dagegen schon oben S. 75.

Noch anders begründet Jhering[2]) seine Meinung: der Grund für die fiducia und ihre eigentumsübertragende Wirkung liege überhaupt nur in dem Umstande, dafs die Abrede keinen Platz im Geschäft selbst gefunden habe; bei den formlosen Verträgen wie traditio dagegen sei das anders gewesen, hier hätten jene Beredungen einen integrierenden Bestandteil des Geschäfts selbst gebildet und dieses zum pignus, depositum u. s. w. individualisiert. Auch hiergegen dürfen wir uns wohl auf unsere bisherigen Ausführungen berufen.[3])

So scheinen alle zu Gunsten der angeblichen Unzulässigkeit der traditio bei Begründung der fiducia vorgebrachten

---

[1]) a. a. O. S. 249 Anm. 1.

[2]) a. a. O. S. 515.

[3]) Brinz, Pandekten I Aufl. 1 S. 304 dafür, dafs auch durch traditio credendi causa Eigentum übergehen könne.

Argumente ohne genügende Beweiskraft zu sein. Und doch müssen auch wir uns im Sinn der herrschenden Meinung entscheiden, freilich aus zum Teil abweichenden Gründen.

Was zunächst die Quellenstellen anlangt, so sprechen dieselben in erheblichem Mafse für die herrschende Ansicht, wenn sie auch keinen vollen Beweis liefern. Die von Lenel aufgeführte Stelle glauben wir freilich ganz aus dem Spiele lassen zu müssen, denn, ganz abgesehen von dem ihr nach der Lenelschen Deutung innewohnenden Widerspruch mit l. 36 eod. tit., ist ihre Beziehung auf die fiducia nichts weniger als zweifellos. Das Buch XXXI Paulus ad edictum handelt aufser der fiducia auch noch vom depositum, und an sich liegt eine Beziehung auf letzeres um nichts ferner als auf erstere. Hat doch auch Lenel selbst früher[1]) das Citat auf das depositum gedeutet, und die Lehre vom thesaurus, welche in § 1 desselben behandelt wird, hat mit jenem eine zwar gleichfalls fernliegende, aber doch ungleich gröfsere Ähnlichkeit als mit der fiducia. («depositio quaedam» sagen auch die Quellen vom Schatz.)

Dafs das Fehlen der traditio in unseren Fragmenten nur aus der faktischen Seltenheit derselben bei Begründung der fiducia herrühren soll, wie Bekker meint, will uns wenig plausibel dünken. Zur Zeit als die fiducia aufkam, waren auch bereits res nec mancipi im Verkehr von Bedeutung, und es hätte kein Grund vorgelegen, nach Ersetzung der in iure cessio durch die traditio bei diesen die Hingabe fiduciae causa auszuschliefsen.

Wichtiger aber erscheinen uns andre Gründe:

Zunächst das gemeinsame Verschwinden der mancipatio und fiducia im Justinianischen Recht. Beide blühten nachweislich zur selben Zeit; beide wurden von den klassischen Juristen in zahlreichen Stellen der ausführlichsten Besprechung für wert erachtet; beide wurden in der späteren Zeit gleichmäfsig obsolet und verschwanden endlich gleichmäfsig in Justinians Kompilation. Savigny[2]) benutzt die Abschaffung der mancipatio bei jenem Kaiser zum Nachweis für die gleich-

---

[1]) Jahrbücher f. Dogm. XIX, 178 N. 41.

[2]) System V, 486.

zeitige Aufhebung der fiducia; wir möchten umgekehrt sagen: Da Justinian nachweislich sowohl die mancipatio aufgehoben als die Aufhebung der fiducia stillschweigend durch ihre vollständige Eliminierung aus den Pandekten angeordnet hat, so ist ein Zusammenhang beider Iustitute schon sehr wahrscheinlich geworden. Dafs die fiducia das Schicksal der Formalakte unablässig teilt, beweist schon ziemlich ihre unlösliche Verbindung von denselben.

Die herrschende Meinung hat nür über den Grund dieser Zusammengehörigkeit geirrt. Nicht das dingliche Moment, die Eigentumsübertragung, ist es, das im Fall der blofsen Tradition Schwierigkeiten gemacht haben würde — warum hätte jene nicht eintreten sollen? — sondern der obligatorische Effekt. Wir behaupten, dafs sich die eigentümlichen Wirkungen der actio fiduciae aus der Tradition niemals hätten ergeben können.

Denn die Tradition, auch wo sie Eigentum überträgt, ist an sich ein farbloser Akt, der erst durch individuelle Umkleidung Gestaltung und Leben gewinnt. Eine Obligation herbeizuführen, ist sie aufser stande; das vermag sie nur in Verbindung mit einem einheitlichen und individuell-bestimmten weiteren Moment, mit dem sie als Kommodat, Depositum, Pignus etc. erscheint. Bei ihnen allen ist der Akt der Tradition, mag er nun Eigentum oder blofse Detention verleihen, zunächst derselbe; seine besondere Gestaltung gewinnt das Geschäft erst dadurch, dafs es eine ökonomische Einheit bildet; nicht der juristische, sondern der wirtschaftliche Effekt hat dem Geschäft seinen Stempel aufgedrückt; er ist der ältere, aus dem sich die rechtliche Wirkung erst nach und nach herausringen mufste. Auch ohne Rechtsordnung und ohne Obligationenrecht würde man Sachen verleihen oder zur Aufbewahrung geben, wie wir schon oben hervorgehoben haben.

Die fiducia dagegen ist nichts als ein allgemeiner Charakter. Wo bleibt hier die Gleichheit, ja nur die Ähnlichkeit der Zwecke? Wir glauben, es giebt vom wirtschaftlichen Standpunkt aus kaum etwas so Heterogenes, als dafs es sich nicht unter die Hut der — scil. römischen — fiducia bringen liefse. Bestellung einer Sicherung für den Gläubiger, Hingabe einer Sache zur Aufbewahrung, zur Ausführung eines Auf-

trages, zum zeitweiligen Gebrauch, schenkungshalber; Hingabe eines Kindes zwecks Emancipation; Eingehung einer Scheinehe — für sie alle kann die fiducia dienen. Dinge, die im römischen Verkehrsleben der ältesten Zeit sicherlich schon wohlbekannt gewesen sind und sich eines eigenen Namens erfreut haben müssen (depositum etc.) kamen rechtlich jahrhundertelang nur, insoweit sie unter den Begriff der fiducia fielen, in Betracht. Dagegen die Individualität der letzteren ist vom natürlichen, wirtschaftlichen Standpunkte aus nimmermehr zu erreichen.[1]) Ein «Geschäft» — sit venia verbo — wie die fiducia kann sich daher nicht im Leben, sondern mufs sich im Rechtsverkehr auf Grund besonderer Formalitäten gebildet haben; eben darum ist es, wie Dernburg bemerkt, «sicher-lich uralt».

Und darum erscheint uns die traditio als unfähig, zur Begründung eines solchen Rechtsaktes zu dienen. Die traditio einerseits gewinnt individuelle Färbung erst durch die Besonderheit der causa, und die fiducia andererseits, weit davon entfernt, ihr eine solche Individualität zu verleihen, kann selbst ihre Einheit nur durch Anschlufs an einen — wenigstens formell-einheitlichen — Rechtsakt gewinnen. Einer traditio fiduciae causa würde also alle Einheit formell wie materiell fehlen; sie wäre ein gespenstiges Schemen ohne Fleisch und Bein.

Die Klagbarkeit der Innominatverträge kann man hiergegen nicht ins Gefecht führen — schon deshalb, weil sie im strikten Gegensatz zur fiducia bekanntlich erst eine Schöpfung späterer Zeit ist. Im Gegenteil! hätten die Römer das pactum fiduciae bei der traditio mit rechtlicher Wirkung begabt, so hätten sie die Fälle, deren Klagbarkeit sie in den Innominatverträgen so langsam und mühselig ausbildeten, mit ungleich leichterer Mühe durch Anschlufs an die fiducia zu rechtlicher Bedeutung erheben können. Und einen einheitlichen, generellen Innominatvertrag kannte das römische Recht nie — es

---

[1]) Dafs das heutige Recht «fiduciarische Geschäfte» kennt, die ihre nnere Einheit in dem wirklichen Vertrauen auf den Gegner finden, beweist hiergegen nichts — die römische fiducia ist nicht ein solcher gewillkürter Vertrauensakt, sondern eine durch den Charakter des Rechts gegebene dura necessitas.

gab für jeden einzelnen Fall eine besondere actio praescriptis verbis.

Nebensächlich mag hier noch erwähnt werden, dafs auch die Thatsache gegen Zulässigkeit der traditio spricht, dafs erst dafs neuere Recht einer solchen eigentumsübertragende Kraft zuschrieb, d. h. eine Zeit, die durch die Ausbildung der bequemeren Formen des pignus, des klagbaren depositum etc. für die traditio fiduciae causa weder Bedürfnis noch Platz im praktischen Rechtsleben liess.[1])

Von mancipatio und in iure cessio war die erstere jedenfalls die bei weitem häufigere Entsstehungsform der fiducia, da der in iure cessio wegen ihrer gröfseren Schwerfälligkeit überhaupt ein viel bescheidenerer Platz im römischen Rechtsleben zuerteilt war.

Zu bemerken ist dabei noch folgendes:

a) Die mancipatio (und ebensowenig die in iure cessio) duldete als Formalkontrakt keinerlei Stellvertretung, nur waren bei ersterer wenigstens Sklaven und Hauskinder zugelassen. Abgesehen von dieser Ausnahme mufste daher die

---

[1]) Alles dies bezieht sich, wie erwähnt, nur auf die obligatio fiduciae; dafs die Hingabe einer Sache zu depositum, pignus, mandatum bei entsprechendem animus eine genügende iusta causa der Eigentumsübertragung sein kann, wird dadurch nicht berührt. Davon giebt uns das Justinianische Recht Beispiele; so l. 30 D. XVII 1; l. 13 § 1 D. 19,5 (jemand giebt einem andern dominium areae suae, ut insula aedificata partem ei reddat); es beweist uns freilich dadurch aufs deutlichste, wie wenig derartige Fälle mit unserer fiducia, die es überall entfernte, zu thun haben.

Noch zahlreicher finden sich derartige Eigentumsübertragungen im heutigen Recht, das sich daran gewöhnt hat, dieselben als «fiduciarische» zu bezeichnen, ein Ausdruck, bei dessen Gebrauch man sich freilich stets dieses Unterschiedes von unserem Rechtsinstitut der fiducia bewufst sein sollte.

Leist, Mancipation S. 208, 246 leugnet freilich, dafs sich Eigentumsübergang mit der Natur der Kontrakte des depositum, pignus etc. begrifflich vereinigen lasse — sehr mit Unrecht. Gegen ihn namentlich Exner, Tradition S. 329, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 207 (der freilich für das römische Recht andrer Ansicht ist), Dernburg, Pandekten I § 213, R. G. II 168.

Freilich will es Julian in l. 13 cit. nicht gelingen, den dort behandelten Fall unter eine den bekannten Kontraktsarten unterzubringen, sodafs schliefslich für eine actio in factum, id est, praescriptis verbis, entschieden wird. Wenn aber G. A. Leist, Sicherung von Forderungen etc., S. 79, meint, dieser Fall habe Julian Bedenken verursacht, so bezieht sich das keineswegs auf die Frage des Eigentumsübergangs, wird doch am Schlufs als Gegensatz ein Fall besprochen, wo das Eigentum gar nicht oder nur teilweise übergeht. cf. auch Regelsberger im Archiv LXIII S. 173 und unten am Schlufs.

fiduciae datio inter praesentes erfolgen, während dies beim pignus nicht der Fall war. Höchst wahrscheinlich geht auf diesen Unterschied l. 23 § 1 D. 20, 1: «pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur», eine Stelle, die erst durch diesen Gegensatz eine innere Bedeutung gewinnt.

b) Wie verschieden auch die Fiduciarzwecke gewesen sein mögen, das eine hatten sie stets gemeinsam — der mancipio accipiens sollte die Sache nur interimistisch zu Eigentum erhalten. Hieraus ergiebt sich, dafs die fiduciaria mancipatio keinesfalls als wahrer Kauf aufgefafst werden darf, dafs bei ihr der Kaufpreis gefehlt haben mufs. Die Folge war, dafs man, um wenigstens die Form eines Scheinkaufes zu wahren, diese mancipatio vornahm numo uno, wie uns das die bätische und pompejanische Urkunde deutlich bezeugen. Dies bewirkte, dafs im Fall einer Eviktion der fiduziierten Sache für die actio auctoritatis des Fiduciars kein Raum war, da sie auf das Doppelte des Kaufpreises, also hier auf nichts, ging. [1]) Falsch ist aber Rudorffs Bemerkung, dafs der numus unus gewählt sei zwecks einer solchen Beschränkung der Haftung. Zu einer solchen Beschränkung lag wenig Veranlassung vor; die pompejanische Urkunde zeigt uns gerade im Gegenteil, wie die Schuldnerin zur Verstärkung ihrer Haftung ihr Eigentum an den zu fiduziierenden Sklaven beschwor. Dagegen ist nicht abzusehen, wie eine mancipatio fiduciaria für ein anderes pretium als den numus unus denkbar gewesen sein soll. Die Forderung des Fiduciars kann hier doch niemals als solche in Betracht kommen, da die fiduciae datio doch keineswegs als Äquivalent für sie zu dienen brauchte.

Übrigens beweist die bätische Erztafel, dafs die mancipatio numo uno nichts der fiduciae datio und donatio Eigentümliches war, sondern auch bei gewönlichen Verkäufen zulässig war. Denn der Passus

«mancipio sestertio numo uno pluris invitus ne daret»

kann vernünftigerweise nur von einem wirklichen Verkauf

---

[1]) cf. Sohm, Institutionen S. 34, Rudorff zu Puchta, Institutionen a. a. O. S. 248.

gedeutet werden. Der Grund liegt auch hier nahe — Vermeidung der gesetzlichen Verpflichtung zur Doppelzahlung.[1])

§ 11. Die Fiduciarklausel.

Es liegt auf der Hand, dafs zu der blofsen mancipatio noch ein Weiteres hinzukommen mufs, um die fiducia zu erzielen. Über das Verhältnis dieses Zusatzes zum Hauptgeschäft sind nun aber die Meinungen unendlich auseinandergehend, und auch die Auffindung der Pfandurkunden hat diesen Streit bislang nicht zu schlichten vermocht. Sowohl das bätische wie das pompejanische Fragment enthalten in ihrem ersten Teile den Bericht über die geschehene mancipatio und verbreiten sich hernach des weiteren über die fiduciarischen Beredungen; bei der ersteren finden wir aufserdem im ersten Teil neben dem «numo uno» noch die Worte «fidi fiduciae causa», während uns die lückenhafte pompejanische Urkunde über diesen Punkt keinen Aufschlufs giebt. Die folgende Verhandlung wird in der spanischen Tafel eingeleitet mit den Worten «pactum conventum factum est».

Vor Auffindung der Urkunde war nun die herrschende Meinung die, dafs die Zweckbestimmung, wonach die Sache nicht schlechthin, sondern nur fiduciae causa übereignet worden sei, der Mancipationsurkunde inseriert sei, einen Bestandteil der nuncupatio gebildet und mit ihr eine formelle Einheit ausgemacht habe; die mancipatio fiduciae causa ist eine «vermehrte und verbesserte» mancipatio, ein reiner Formalakt, der durch die Bestimmungen der Zwölftafeln ohne weiteres seine Klagbarkeit erhält. Die Fiduciarberedung erscheint hier als lex mancipationis.

Die Formel konstruierte man sich etwa so, dafs der Fiduciant gesagt habe:

«. . . . mancipio tibi do ea lege, ut mihi remancipes»,

der Fiduciar seinerseits:

«isque mihi emtus est fidei fiduciae causa».

In etwas anderer Fassung vertritt diese Meinung auch

---

[1]) cf. Krüger, a. a. O. S. 53, Puchta, a. a. O. S. 197, während noch Leist, Mancipation S. 161, 170 diese Zulässigkeit bestritten hatte.

Dernburg.[1]) Er spricht zwar von einem Zusatz, pactum fiduciae, doch kann das nach ihm kaum ein äufserlich selbständiges, formloses pactum bedeuten, sondern es ist eine «in solenner Weise auferlegte Verpflichtung», die also an den Formalitäten des Geschäftes teil nahm — «auch diese Verabredung mufste, da sie sich an jenen Formalakt anlehnt, sofort öffentlich zugefügt, gewissermafsen unter den Schutz des römischen Volkes gestellt werden; gerade dies giebt ihr die Klagbarkeit und die besondere Weihe, deren sie genofs».

Noch entschiedener Huschke,[2]) «weil dies Geschäft auf der mancipatio beruhte». Ferner v. Scheurl[3]) (gegen v. Jhering). Auch nach ihm hat das Geschäft erst durch den Nebenvertrag seinen eigentümlichen Charakter erhalten; auch jener ist in solenner Form gethätigt, in die mancipatio aufgenommen. Er verweist auf fragm. Vatic. § 50: «aio hunc fundum meum esse deducto usufructu, si navis ex Asia venerit.» So auch Rudorff,[4]) Bremer[5]) — der von lex mancipationis spricht — Marezoll,[6]) v. Bethmann-Hollweg,[7]) Conradi,[8]) Pufendorf[9]) — die fiducia sei eine mancipatio ea lege, ut istam scil. rem nobis remancipet — auch wohl v. Savigny,[10]) wenn er sagt, man hätte der an sich unbedingten mancipatio eine bedingte Obligation auf Rückgabe hinzufügen können, sei es durch fiducia oder durch formlose Willenserklärung.

Einen Angriff erfuhr diese Anschauung, nachdem schon vorher Stas[11]) die gegenteilige Meinung verteidigt hatte, vornehmlich durch v. Jhering.[12])

«Diese (d. h. die Fiduciar-) Vereinbarung hatte in dem

---

1) a. a. O. S. 9.
2) Nexum S. 76.
3) Krit. Vierteljahrschr. II, 418.
4) Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI, 58 fg.
5) Pfandrecht S. 3.
6) Institutionen S. 221, 275.
7) Civilprozefs I S. 64.
8) a. a. O. S. 179.
9) Ius Naturale V, 10 § 8.
10) System IV, 245.
11) de contracto fiduciae, Leodii 1824.
12) Geist II, S. 514.

Geschäft selbst (in der nuncupatio) keinen Platz, sie widersprach dem eigentlichen Zweck desselben; der einfach-natürlichen Vorstellungsweise wollte es nicht in den Sinn, dafs man erwerbe, wenn man den Erwerb nicht behalten solle. Die Vereinbarung konnte also nur aufserhalb des eigentlichen Geschäftes getroffen werden.» Eine Aufnahme der Fiduciarberedung in die Formel der mancipatio und noch mehr der in iure cessio würde eine wahre juristische Monstrosität enthalten haben. Dafs die actio fiduciae den Charakter der actiones bonae fidei habe, sei ebenfalls nur hieraus zu erklären, da sie andernfalls gemäfs der Anerkennung der Nebenabreden in den Zwölftafeln auch zu den negotia stricti iuris hätte gehören müssen.

Hierauf begründet dann Jhering seine Ansicht von der späteren Klagbarkeit der fiducia, deren einzige Bedeutung zuerst «jahrhundertelang» auf der fides des Gegners beruht habe (cfr. oben).

Diese Theorie hat viel Beifall, z. B. bei Salkowski,[1]) doch auch manchen Widerspruch gefunden; letzteres z. B. von Demelius,[2]) nach dem sich das pactum an die mancipatio angeschlossen hat mit den bei Cicero de officiis III, 17 enthaltenen Worten.

Eine neue Phase des Streites eröffnete sich mit Entdeckung der bätischen Tafel. In dieser schien es ja zweifellos festgestellt — das pactum war von der Haupturkunde getrennt und als formloses Nebengeschäft (pactum conventum) von der nuncupatio ausgeschlossen; — gewifs eine nicht zu unterschätzende Stütze für die Anschauung des gefeierten Gegners der bisher herrschenden Meinung. Seine Theorie ist damit zweifellos nunmehr zur Herrschaft gelangt, so dafs Bekker[3]) sogar die Äufserung thun konnte, es sei nun wohl definitiv entschieden, dafs das pactum fiduciae im Mancipationsgeschäft nicht seinen Ursprung gehabt habe.

Rudorff[4]) hat freilich demungeachtet seine bisherige

[1]) Institutionen § 70, II («pactum fiduciae, d. h. der formlose Vertrag über Remancipation . .»)
[2]) Krit. Vierteljahrschr. X, 347.
[3]) Aktionen I, S. 124.
[4]) Zeitschr. f. R.-Gesch. XI, S. 58, 85.

Meinung aufrechterhalten. Das pactum der bätischen Tafel, so meint er, ist überhaupt nicht ein eigentliches pactum fiduciae, denn dieses müfste freilich, der eigentlichen nuncupatio vorausgehend, als Bestandteil des Formalaktes selbst gedacht werden — in der Urkunde ist uns nur ein pactum (adiectum) venditionis aufbewahrt, in dem die voraufgehende mancipatio nur historisch erwähnt wird. Denn die Fiduciarklage entspringt überhaupt nicht aus einem pactum, weil ex pacto actio non nascitur; die obligierende Kraft liegt in der nuncupatio, in der lex ut sibi rem remancipet.

Auch Karlowa[1]) hat sich wiederholt dem angeschlossen; er beruft sich auf die Worte Ciceros «in mancipio legem dicere» (de oratore I, 39) und «in mancipio dicere» (de off. III, 16); auch nach ihm haben wir es in der Urkunde mit einem pactum venditionis zu thun, eine Meinung, die dagegen von Eck[2]) und Bechmann[3]) bekämpft wird. Die Ausbedingung «ut ea mancipia usque eo fiduciae essent», so meinen letztere, bilde doch jedenfalls das wesentliche Moment, während das beigefügte pactum de vendendo nur den Zweck habe, diese Treupflicht näher zu charakterisieren und zu begrenzen.

Auch der neueste systematische Bearbeiter der Römischen Rechtsgeschichte, Schulin (S. 365) leitet die Rechtskraft der fiducia auf die nuncupationes zurück, zu denen das pactum fiduciae gehöre.

Im Sinne Jherings haben sich ausgesprochen Degenkolb,[4]) Krüger,[5]) Ubbelohde[6]) und wesentlich auch Czyhlarz.[7]) Das pactum fiduciae könne unmöglich ein Bestandteil des Rituals der Kontrakte gewesen sein.

Sorgfältig hat insbesondere Degenkolb die Sache erwogen. Das pactum der bätischen Urkunde scheint ihm zu-

---

[1]) Civilprocefs S. 77; Röm. Rechtsgesch. I, 790.
[2]) a. a. O. S. 90.
[3]) Kauf I, S. 289—295.
[4]) a. a. O. S. 163, 172.
[5]) a. a. O. S. 58.
[6]) Gesch. der benannten Realkontr. S. 61.
[7]) Institutionen S. 128—129.

nächst höchst wahrscheinlich formlos zu sein — eine Meinung, die man durch den Wortlaut und die Bezeichnung desselben (als «pactum conventum») u. E. entscheidend bestätigt findet. Ferner sei das pactum ein formloses Nebengeschäft, obzwar auf den Hauptpunkt bezogen durch die Worte fidi fiduciae causa. Man könne annehmen, dafs es durch diese Verweisung indirekt mit zur nuncupatio gezogen sei, wie das auch beim testamentum per aes et libram ähnlich sei; auch hier hätten in der eigentlichen nuncupatio nur die Worte gestanden:

«quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam» (Gaius II, § 104).

Indes sei es doch zum mindesten zweifelhaft, ob nicht, wie Jhering, Geist II § 46 S. 533 angenommen, die Testamentserrichtung als etwas Besonderes der eigentlichen nuncupatio gegenübergestellt sei, wie sie sich bei andern Akten darstelle. Jedenfalls bezeichne im Fall der Testamentserrichtung die nuncupatio den Zweck der Hingabe erschöpfend und bestimmt, während aus der Verweisung fidi fiduciae causa das individuelle Rechtsgeschäft, welches ja bei der fiduciae datio überaus mannigfach sein konnte, nicht hervorleuchte.

Sonach dürfe das pactum nicht zur nuncupatio gezogen werden. Vielleicht sei eine besondere stipulatio zum pactum am Schlufs hinzugetreten, um ihm formelle Bedeutsamkeit zu verleihen; aber nichts berechtige uns zu dieser Annahme, die sich aus dem erhaltenen Fragment durchaus nicht ergebe. Auf die Einfügung der causa in die mancipatio dürfe um so weniger Gewicht gelegt werden, als sich diese Angabe der causae bei den nicht auf wahrer Veräufserung beruhenden Mancipationen zwar meistens finde, aber keineswegs immer (Flavius, Syntrophus, Statia Irene),[1] und daher bei ihnen keinesfalls ein notwendiges Requisit gebildet haben könne (S. 174). «Der Hinweis auf eine von der typischen causa verschiedene konkrete causa pafst nicht als formales Requisit in die Struktur der mancipatio.»

---

[1]) cf. über die Beifügung der causa Lenel S. 179; ferner Geib a. a. O. S. 113, Stas S. 16.

Dafs er dafür nicht gelten dürfe, zeige auch noch seine Unvollkommenheit, vor allem im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit der fiducia.

Die Klagbarkeit der fiducia müsse daher aufserhalb des Formalaktes, und daher auch aufserhalb des Zwölftafelsatzes gefunden werden «cum nexum faciet» etc.

Indes verkennt Degenkolb die damit erwachsende Schwierigkeit nicht — trotz dieser sich ihm ergebenden Unabhängigkeit lehne sich die fiducia stets an Formalakte an; man dürfe sie auf die Tradition nicht ohne weiteres übertragen. Das sei der Widerspruch im Begriff der fiducia; wenn das pactum, das selbst formlos und nicht solenn war, eine notwendige Beziehung zur mancipatio oder in iure cessio enthalten habe, so scheine diese Beziehung in ihrer inneren Teilnahme an der Solennität jener Rechtsformen, vor allem der Publizität zu liegen. Allein jene Beziehung widerspreche der äufseren Art der Form und der Beifügung, und der Thatsache, dafs die fiducia als bonae fidei negotium vim ac potestatem nicht aus der mancipatio schöpfen könne, welche wie das nexum begrifflich stricti iuris-Natur gehabt habe.

In der That mufs man zugeben, dafs Degenkolb, indem er mit dieser schrillen Dissonanz seine verdienstlichen Erörterungen schliefst, die ganze Schwierigkeit des Verhältnisses am tiefsten erfafst hat. Dieser Punkt ist das entscheidende Moment der ganzen Darstellung, gleich wichtig und schwierig. Diese Wichtigkeit erheischt gebieterisch, alle Kräfte auf die Lösung des Knotens zu verwenden, auf die Gefahr hin, zu anfechtbaren und haltlosen Resultaten zu kommen. Für diesen Fall möge uns der grofse Mangel aller Hülfsmittel zur Entschuldigung dienen.

Wir sind nun entschieden der Ansicht, dafs keine der beiden streitenden Meinungen die volle Wahrheit erfafst hat, während beide ein richtiges Moment enthalten. Sollte nun dieser Widerspruch, dessen auch Degenkolb sich bewufst geworden, sich nicht lösen lassen; sollten sich nicht Thesis und Antithesis auch hier, wie so oft im Denken wie im Sein, zur Synthesis vereinigen?

Die Ansicht Dernburgs und der Älteren ist für sich allein zu verwerfen. Es ist schwer verständlich, wie jener zu der

Behauptung kommt,[1]) die bätische Urkunde habe die von ihm im «Pfandrecht» vorgetragene Auffassung der fiducia bestätigt. Nichts spricht in jener dafür, dafs das pactum am Ritual teil genommen habe, und es müfste wunder nehmen, einem formlosen pactum durch die angebliche Publizität seiner Errichtung, von der Dernburg gesprochen, Geltung zu verschaffen. Publizität und Formlosigkeit sind in unseren Augen inkommensurable Gröfsen. Mit Rudorff aber zu behaupten, dafs jenes pactum sich nur über die Bedingungen des Pfandverkaufs verhalten habe, erscheint einigermafsen als Ausweg der Verzweiflung.

Neuerdings hat diese Meinung auch durch die Auffindung der pompejanischen Geschäftsurkunde eine indirekte Widerlegung gefunden — auch hier schliefst sich dem Bericht über die mancipatio ein höchst wahrscheinlich formloses pactum an; sollte auch dies wiederum ein blofses pactum venditionis (adiectum) gewesen sein? Es wäre doch mehr als seltsam, dafs uns in beiden Urkunden nur dies nebensächliche pactum adiectum erhalten, dagegen der Bericht über das Hauptgeschäft verloren gegangen sein solle! Sind in der pompejanischen Urkunde doch auch die Berichte über die persönliche Schuld erhalten, und mit mindestens demselben Grund, wie diese, würde man doch wohl die von der fiduciae datio handelnden Täfelchen in demselben Gelasse untergebracht haben.

Auf der andern Seite hat Degenkolb die Schwächen seiner Theorie selbst sehr gut dargestellt. Es kommt aber noch mehr hinzu! Nach jener Anschauung kann das pactum fiduciae seine Stütze nur in der res, der Sach- oder wenigstens Besitzübereignung finden, wenn sie in dem Formalakte nicht liegt. Nun ist aber nach deutlichen Quellenstelllen (l. 22 D. XIII, 7) der obligatorische Effekt des Fiduciargeschäftes von der dinglichen Wirkung der Eigentumsübertragung keineswegs abhängig; eine Besitzübereignung aber war bekanntlich mit dem Formalakte der mancipatio keineswegs ohne weiteres verbunden.

Wollen wir eine positive Lösung versuchen, so sei uns zunächst die Anknüpfung an eine Frage gestattet, die dem

[1]) Pandekten I, § 263 N. 1.

Verfasser gegenüber ein Vertreter der herrschenden Lehre kürzlich gesprächsweise aufgeworfen hat:

«Wie war es denn, wenn die Parteien die mancipatio geschlossen hatten und sich der Fiduciar nun weigerte, das noch erforderliche pactum fiduciae einzugehen? Dann war doch der Verpfänder um sein schönes Recht gebracht und hatte höchstens nach neueren Grundsätzen eine condictio!»

Dieser Punkt ist festzuhalten! Denken wir uns also zunächst eine mancipatio, die numo uno zu dem ausgesprochenen Zweck fidei fiduciae causa gethätigt war — was würde der Richter darauf wohl gethan haben?

Der römische index konnte aus einer solchen mancipatio zwar nicht den besonderen Zweck herauslesen, welchen die Parteien gerade mit dieser Hingabe verfolgt hatten, wohl aber mufste er sofort wissen, dafs die Sache nicht endgültig in das Eigentum des Empfängers übergehen sollte, sondern nur provisorisch, zu irgend einem Zweck. Zu welchem? das sagt ihm direkt nichts. Da nun aber jene Worte in der nuncupatio selbst standen, war er berechtigt, ja nach dem mehrerwähnten Zwölftafelsatz «cum nexum» etc. verpflichtet, auf diese aus dem Ritual sich ergebende Beschränkung Rücksicht zu nehmen. Oder hätte er dem Geist, ja nur dem Wortlaut jener Bestimmung Genüge geleistet, wenn er wegen der Schwierigkeit, die thatsächlichen Voraussetzungen festzustellen, aus welchen dem Fiducianten auf Grund jener beschränkenden Zweckbestimmung «fidi fiduciae causa» Ansprüche erwuchsen, jene «lex mancipationis» einfach ignoriert hätte?

Konnte doch auch die faktische Voraussetzung jener in Fragm. Vatic. § 50 erwähnten mancipatio, das Ankommen des Schiffs aus Asien, aus dem Ritual selbst nicht entnommen werden!

Das rechtliche Fundament der actio fiduciae war u. E. mit jenem Einschiebsel in die nuncupatio «fidi fiduciae causa» gegeben — es ging daraus ohne weiteres hervor, dafs jemandem eine Sache gegeben war nur zu einem bestimmten Zweck, und im Begriff der fiducia lag ihrem Sinne nach die Verpflichtung zur etwaigen remancipatio,

oder dies war doch zum mindesten die regelmäfsige und häufigste, daher auch jedenfalls früheste Art der Verpflichtung, die sich zunächst vielleicht ausschliefslich aus ihr herauslesen liefs. Welches die konkreten Voraussetzungen waren, unter denen diese Verpflichtung zur Existenz bezw. zur Fälligkeit gelangte, konnte an sich nichts weiter als quaestio facti sein und ihre nähere Bestimmung brauchte daher nicht schlechthin unter die Formalitäten des Aktes zu fallen, konnte vielmehr auch durch Hinweis der Parteien auf eine andere Urkunde erreicht werden. Dafs remancipiert werden mufste, ergab schon unmittelbar der Zusatz in der nuncupatio, nur über die Frage des «wann» bedurfte es noch näherer Bestimmung. Handelte es sich nun z. B. um eine Pfandfiducia, so brauchte der Schuldner nur zu beweisen die Beziehung der fiduciae datio auf ein bestimmtes debitum und die erfolgte Tilgung des letzteren — ein Beweis, der vielleicht recht schwierig, aber sicherlich nicht unmöglich war. Die Nachweisung war an sich kaum weniger faktischer Natur, als bei der actio pigneraticia der Beweis der Tilgung der Schuld.

Es würde u. E. eine Ungeheuerlichkeit sein, anzunehmen, der römische Prätor und Richter habe trotz eines derartigen Vermerks im Formalakt, trotz eines ihm proponierten Beweises, dem Kläger nicht zu seinem Rechte verholfen, — während es doch sonst das stetige Bestreben jener Personen war, salvis verbis den Zwölftafeln das praktische Bedürfnis, Treu und Glauben in der Rechtsfindung zur Geltung zu bringen, —, und das in einem Punkte, der ihnen durch die oft-erwähnte gesetzliche Bestimmung die trefflichste formelle Handhabe bot.

Wenn es richtig ist, dafs eine mancipatio fidi fiduciae causa die actio fiduciae ohne weiteres erzeugte, so können wir weiter gehen und folgern, dafs sie erst recht dann entsprungen sein wird, wenn der Fiduciar den Abschlufs eines besonderen pactum fiduciae verweigerte. Ein solches pactum wurde doch wohl, wenn überhaupt, gemeinhin direkt hinter dem Formalakt vielleicht noch in Gegenwart der Zeugen vorgenommen; erklärte jener dann, er denke nicht daran, das pactum abzuschliefsen, obwohl er doch notorisch soeben die Sache fiduciae causa empfangen hatte, so war das von vor-

herein ein eklatanter Bruch der soeben angerufenen fides und mufste den Ungetreuen der actio fiduciae aussetzen auf schleunigste Rückgabe der Sache, die er nur gegen Übernahme der entsprechenden Pflichten haben sollte. Bestritt er aber, zum Abschlufs eines pactum mit dem vom Kläger behaupteten Inhalt verpflichtet zu sein, so lag ihm dann doch jedenfalls der Beweis ob, dafs sich die fiduciae datio auf etwas anderes bezogen habe.

Es wurde demnach wohl in den seltensten Fällen vorkommen, dafs man eine fiducia ohne sich daran schliefsendes pactum thätigte. Dies pactum selbst nahm freilich an den Förmlichkeiten des Aktes keinerlei Anteil, und wir geben Jhering vollkommen recht, dafs es ein Verstofs schlimmster Art wäre, dem älteren römischen Recht mit seinem Formalismus die Klagbarkeit eines solchen nudum pactum zuzumuten. Wir benötigen bei unserer Auffassung aber auch eines solchen klagbaren pactum mit nichten; dazu dienen uns die Worte der nuncupatio «fidi fiduciae causa».

Wozu aber das pactum, wenn auch ohne seine Hinzuziehung alles in Ordnung war? Die Antwort kann uns nicht mehr schwer fallen — zwar nicht die Rechts-, wohl aber die Thatfrage hätte ohne dasselbe im argen gelegen, weshalb die fiducia geschlossen war und wann die res fiduciaria zurückgegeben werden sollte, das sagte die nuncupatio dem römischen Richter nicht; um dies festzustellen, konnte ihm nichts leichter und bequemer sein, als jenes pactum — seine Funktion bestand ursprünglich und vorwiegend darin, dem iudex für die Entscheidung des Fiduciarprocesses schätzbares faktisches Material zu bieten, sowie dem ganzen Geschäft eine bestimmte Direktion zu geben. Das pactum bildete einen Kommentar zu den Worten «fidi fiduciae causa» der nuncupatio, der rechtlich wegbleiben konnte, den die Parteien aber im eigenen Interesse wohl selten weggelassen haben werden.

Es scheint uns an jedem Grunde zu fehlen, dem pactum fiduciae diese Funktion zu bestreiten. Dafür kann man sich sogar noch in gewisser Weise auf die Analogie von Gaius II, 104 berufen —

nuncupare est enim palam nominare; et sane quae

testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali nomine nominare atque confirmare.

Wenn beim Testament — freilich anomalerweise — diese Spezialbestimmungen sogar rechtlich als unter die nuncupatio fallend angesehen wurden, so wird es dem Auge des Römers wohl kaum in anderen Fällen ungeheuerlich erschienen sein, solche Beredungen wenigstens als faktische Erläuterungen der nuncupatio gelten zu lassen.

Jhering[1], bestreitet zwar fernerhin die Möglichkeit, dafs nach älterem Recht ein dingliches Geschäft, wie die mancipatio, mit einem obligatorischen hätte zusammen uno actu errichtet werden können. Aber das kann schwerlich richtig sein: alles was in der nuncupatio stand, sollte gelten; warum nicht also auch blofs obligatorisch wirkende Nebenberedungen — etwa Resolutivbedingungen?

Nicht ob das Geschäft dinglich oder obligatorisch wirkte, sondern lediglich auf die formelle Möglichkeit, die betr. Bestimmung in der nuncupatio unterzubringen, kam es an. Auch hat die mancipatio doch nicht als solche, sondern nur unter Voraussetzung weiterer Bedingungen (wie Eigentum des Mancipanten) dingliche Wirkung, während die fiducia aus jeder mancipatio, auch wo sie ausnahmsweise kein Eigentum überträgt, entstehen kann (l. 22 D. XIII, 7).

Für Jherings gegenteilige Behauptung müfste man doch zum mindesten weitere Beweise verlangen; die Leichtigkeit, mit der er die gegen seine ganze Theorie von der fiducia sprechende Stelle des Boëthius aus der Welt zu schaffen sucht, entkräftet dieselbe so ohne weiteres denn doch nicht!

Gegen unsere Auffassung spricht auch nicht der abstrakte Charakter der Mancipationen, dem entsprechend auch nicht in allen uns erhaltenen Urkunden die konkreten causae angegeben sind. Denn erstlich ist jener Charakter[2]) der mancipatio doch nicht so ganz zweifellos. Sodann sind jene andern Urkunden auch durchweg Kauf- und Schenkungsurkun-

[1]) Geist III, 140.

[2]) cf. darüber Puchta II, 197 — ob sie wahren Kauf enthält oder nicht, geht doch meist aus der im Akt erwähnten Summe hervor.

den, bei denen die Beifügung der causa naturgemäfs längst nicht so wesentlich und notwendig war, als sie es bei der fiducia sein mufste. Dafs sie hier nicht unterblieb, war Sache des Fiducianten — versäumte er dieses sein Recht, so durfte er sich nicht beklagen, nunmehr auch lediglich auf die fides des Gegners angewiesen zu sein. So enthält denn auch, wie erwähnt, die bätische Urkunde die causa, und dafs sie in der pompejanischen gestanden hat, ist zum mindesten wahrscheinlich. (cfr. oben.)

Und wenn wir auch die Stellen bei Plautus (Trinummus I, 2, 80; I, 2, 105), — wo überall die Beziehung fidi et fiduciae vorkommt in der gleichen Wortverbindung, nicht geradezu für die eigentliche fiducia reklamieren wollen, so beweisen sie doch zweifellos, dafs jene Redensart «fidi fiduciae« eine sehr gebräuchliche gewesen sein mufs, gewissermafsen technisch. Und wo wird sich diese technische Bedeutung wohl eher ausgebildet haben als in der Formel der fiduciaria mancipatio? Diese stetige Anwendung der gedachten Worte beim Fiduciarvertrage läfst aber hinwiederum auf eine rechtliche Bedeutsamkeit derselben deuten.

Degenkolb wirft ferner die Unvollkommenheit des Hinweises fidi fiduciae causa ein, der als eine von der typischen causa verschiedene konkrete causa nicht gelten könne. Das mag die Dernburg-Rudorffsche Darstellung treffen — uns nicht. Denn dafs das Geschäft eine Fiduciarbestellung ist, das ergiebt jener Hinweis trotz aller angeblichen «Unvollkommenheit»; die weitere Konkretion der causa konnte man, nachdem dieser Charakter mit rechtsverbindlicher Kraft festgestellt war, ruhig dem an sich klaglosen pactum anvertrauen.

Für die hier vertretene Ansicht, welche den Rechtsgrund der fiducia in die nuncupatio verlegt, sprechen alle die Gründe, welche wir oben bereits für ein hohes Alter des Geschäftes ins Gefecht geführt haben. So namentlich die auf sie bezogenen Worte des Cicero, «ut inter bonos bene agier oportet». Wäre der Ursprung der fiducia im formlosen pactum zu suchen, so könnte derselbe nach Jherings insoweit sehr richtiger Ausführung nicht im alten Civilrecht liegen.

Mit der prätorischen Entstehung der actio fiduciae aber ist jene altrömische Redensart denkbar möglichst vereinbar. Dagegen mit unserer Hypothese sind jene Worte sehr gut in Verbindung zu bringen.

Wenn jemandem eine Sache übertragen war «fidi fiduciae causa», so mufste er schon daraus die fides bewahren; er mufste ohne weiteres handeln «ut inter bonos bene agier oportet». Eine exaktere Formulierung der Verbindlichkeit des Fiduciars machte die eigentümliche Art des Vertrages unmöglich, weil die seine Klagbarkeit begründende nuncupatio keiner näheren Bestimmtheit fähig war. Dafs diese Verpflichtung etwas vag und unbestimmt war, haben auch schon die Römer sehr gut gefühlt: sed qui sint boni, sagt Cicero, et quid sit bene agi, magna quaestio est. Die Annahme, dafs diese Frage den römischen Richtern oftmals Kopfschmerzen verursacht haben mufs, stimmt wunderbar gut zu unserer Theorie, wonach sie sich zunächst nur nach den Worten der nuncupatio «fidi fiduciae causa», aus denen jene Verpflichtung zum bene agere folgte, zu richten hatten. Dagegen für die gegenteilige Ansicht, welche die Klagbarkeit der fiducia aus den konkreten Bestimmungen des pactum ableitet, mufs jene Stelle rätselhaft erscheinen — denn demnach würde über die Verpflichtungen des Fiduciars nicht der objektive Mafsstab der fides, wie er in Ciceros Worten fixiert ist, sondern der Inhalt des pactum entscheiden, und die Frage, was das bene agere sei, hätte wenig Sinn, da die eigene Parteiberedung dafür mafsgebend wäre. Die Unbestimmtheit der Formel ut inter bonos bene agier oportet ist nur ein Korrelat zu der Unbestimmtheit der in die nuncupatio aufgenommenen Worte fidi fiduciae causa.

Doch es bleibt noch eine Bedenklichkeit — die actio fiduciae ist nach allen uns erhaltenen Berichten eine actio bonae fidei, und wie soll sich diese aus einem Formalakt, wie die mancipatio ist, gegen alle sonstigen Regeln ergeben? Darauf haben denn auch Degenkolb und Jhering mit Nachdruck hingewiesen. Indes widerlegt sich auch dies Bedenken schnell, ja es führt uns zu einem weiteren Einblick in die Gestaltung und weitern Entwicklung unseres Institutes.

«Mit gutem Grund gilt die fiducia als Prototyp der bonae fidei actiones.»

Gerade das giebt uns Aufschlufs.

Auch wohl Degenkolb wird kaum behaupten, dafs die a. fid. immer diesen Charakter gehabt hat. Denn entweder ist das Institut der actiones bonae fidei das ältere, dann ist jene nicht das Prototyp, oder die actio fiduciae ist älter, dann hat sich an ihr erst die bona fides ausgebildet, wenigstens als Rechtsinstitut; folglich hatte ihre Entstehung nichts mit der bona fides zu thun und gegen ihren Ursprung aus einem Formalakt kann ihre bonae fidei-Qualität nicht angeführt werden.

Warum aber gerade die actio fiduciae den Anstofs zur Ausbildung der bonae fidei actiones gegeben hat, ist schon oft erörtert und auch oben angedeutet. Schon der Name «fidi fiduciae» giebt uns darüber einigen Aufschlufs. Gerade die angewendeten Formalitäten, die Worte der nuncupatio, enthielten eine Anforderung an die Richter, nachzusehen, ob der bona fides genügt war; die Berücksichtigung der bona fides wurde hier gerade durch die stricti iuris-Qualität des Entstehungsaktes geboten.

Wollte nun aber der Richter erkunden, was im einzelnen Fall der bona fides entsprach, so mufste er rechtlich nur die allgemeine Anweisung der formula «ut inter bonos etc.» befolgen. Aber sie gab ihm für die Entscheidung kaum immer die erwünschten Anhaltspunkte. Was nun lag näher, als dafs er sich jetzt mehr und mehr de facto bei seiner Prüfung und Entscheidung an das beigefügte pactum fiduciae hielt, in dem die Zwecke und näheren Bestimmungen der fiduciae datio ausführlicher dargelegt waren?

Auch hierin verleugnete das pactum zunächst seine blofs faktische Natur als «schätzbares Material» nicht; aber je mehr und mehr sich die Auffassungen des römischen Rechtsverkehrs vom strengen Formalismus des ius civile emancipierten, werden auch die Richter im Fiduciarprozesse mehr und mehr Gewicht auf das pactum gelegt haben. Dessen Bedeutung wurde sicherlich immer gröfser, und in Wahrheit begann sich seine faktische Bedeutsamkeit in eine rechtliche umzuwandeln.

Im Civilrecht konnte diese Entwicklung sich freilich nicht vollenden, aber dem Prätor mochte das pactum eine leichte und willkommene Handhabe bieten, allmählich auch den materiell durch die Gerichtspraxis längst vorbereiteten Schritt zu thun und auch de iure die im pactum enthaltenen Parteiberedungen als Grundlage der richterlichen Entscheidung im Fiduciarprozefs in seiner Formel zu verwenden. Hier konnte er sich natürlich nicht mehr auf das ius civile stützen, dessen Bestimmungen eine solche direkte Wirksamkeit eines nudum pactum schnurstracks widersprochen hätte, sondern er mufste seine formula auf den Thatbestand des pactum abstellen; das letztere wurde sonach, um einen früher gebrauchten Vergleich aufzunehmen, aus einem blofsen Kommentar zu einer mit bindender Kraft begabten authentischen Interpretation der Worte der nuncupatio, hinter der letztere an wirklicher Bedeutung mehr und mehr zurücktreten mufsten. Diese actio fiduciae konnte im Gegensatz zur ursprünglichen nur in factum konzipiert sein.

Wenn in die mancipatio fiduciaria nur die Worte fidei fiduciae inseriert wurden, so müssen die Versuche der Älteren, die Formel der mancipatio zu rekonstruieren, als verfehlt bezeichnet werden.

So der von Huschke:[1])

«hanc ego rem tibi fiduciae causa quo tutius ea apud te esset mancipio dedi eamque tu mihi ita remancipato uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.»

Ferner Conradi und Büchel:[2])

a) Worte des Verpfänders:
«ego tibi hanc rem mancupo ea sub conditione, ut illam mihi remancupes, uti ne propter te etc.»

b) Worte des Gläubigers:
«Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio ea conditione, ut illam tibi remancupem, ne propter me fidemve meam captus fraudatusve sies.»

---

[1]) Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss. XIV, 246.
[2]) de fiducia S. 15.

Rudorff:[1])

«. . . . mancipio do ea lege ut mihi remancipes ita uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.»

Voigt:[2])

«Hunc ego hominem fidei fiduciae causa ex iure Quiritium meum esse aio ea lege, uti eum hominem manumittas bezw. remancipes.»

Gegenüber diesen Formulierungen hat Jherings Polemik gewifs recht. Insbesondere ist der Gebrauch jener Worte «uti ne propter te etc.» in der mancipatio mindestens problematisch; cfr. Degenkolb a. a. O. S. 175, der sie in das — formlose — pactum verweisen will, mit der Begründung, dafs die Römer auch rechtlich formlose Akte faktisch formalistisch zu gestalten geliebt hätten. Vergleiche auch Lenel, edictum S. 234, nach dessen Nachweisungen sich jene Worte wahrscheinlich auf den Fall bezogen haben, wo jemand mit einem servus eine fiducia abschliefst (l. 36 D. XV, 1), denn für diesen Fall bedurfte es eines solchen Zusatzes um deswillen, weil man gegen einen dolus des Herrn, mit dem man nicht selbst kontrahiert hatte, an sich nicht genügend gesichert war.

Wenig begreiflich ist uns, wie Voigt noch nach Auffindung der bätischen Tafel — die anderen Versuche lagen vor diesem Zeitpunkt — zu seinem Rekonstruktionsversuche kommt. Seltsam nimmt sich auch gegenüber der Tafel seine Behauptung aus, die Fiduciarberedung sei stets als lex mancipationis der nuncupatio inseriert gewesen, da das römische Recht niemals bei formellen Geschäften pacta zugelassen habe. Die bätische Urkunde erklärt Voigt in der Weise, dafs man die schwierigere Konzeption gewisser Geschäfte dadurch umgangen habe (!), dafs man alle Einzelheiten aus der lex wegliefs und sie einem besonderen pactum überantwortete (S. 167). Aber dazu stimmt, von allem andern abgesehen, der habitus der bätischen Tafel bitterwenig — wie hätte man dazu kommen sollen, eine solche blofse Ergänzung der nun-

---

[1]) Zeitschr. f. gesch. R.-Wiss. XIII, 183.

[2]) Zwölf Tafeln II, S. 172.

cupatio als besonderes, vom Hauptgeschäft völlig gesondertes «pactum conventum» zu bezeichnen?

Mit ziemlicher Sicherheit läfst sich übrigens sagen, dafs die Worte «ut inter bonos bene agier oportet» sich nicht auf das Geschäft, sondern auf die Klagformel der actio fiduciae bezogen haben. A. A. z. B. v. Bettmann-Hollweg, Civilprozefs I, 124, der beide stereotype Redensarten der mancipatio angehängt wissen will; cfr. unten.

Was die in iure cessio anlangt, so hat auch hier Jhering für seine Behauptung von der Unmöglichkeit einer Einfügung der Fiduciarklausel keine ausreichenden Gründe beigebracht, vergl. dagegen die Bemerkungen von Sohm:[1])

> «Der Kläger erklärt hierbei, dafs er nur fiduciae causa Eigentümer sei.»

Voigt:[2]) Die Vindikation sei also hier, wie auch wohl in andern Fällen, adiecta causa angestellt worden.

cf. auch Scheurl;[3]) Büchel[4]) u. a.

Bemerkt sei schliefslich noch, dafs unserer Anschauung über die fiducia die Darstellungen einzelner Schriftsteller ziemlich nahe stehen. Insbesondere nimmt Pernice[5]) mit uns eine Entwicklung des Institutes an: die fiducia, zuerst als lex mancipationis erscheinend, habe sich mit der Zeit in mehr selbständiger Weise entwickelt.

Noch entschiedener kann man Sohms freilich nur kurz skizzierte Ausführungen hierher rechnen. Das Wort «fidei fiduciae» habe in der Mancipationsurkunde stehen müssen, nicht aber das formlose pactum, welchem daher an sich die Klagbarkeit abgegangen sei; es habe dagegen Fingerzeige enthalten für die Entscheidung, ob so gehandelt sei, ut inter bonos bene agier oportet.

Diese Sätze stimmen mit unserer Grundanschauung wesentlich überein, nur vermissen wir dabei die Entwicklung von der Klaglosigkeit zur Klagbarkeit des pactum in Ver-

---

1) Institutionen S. 38.
2) a. a. O. S. 172.
3) Krit. Vierteljahrschr. II, S. 418.
4) a. a. O. S. 21.
5) Labeo I, S. 424.

bindung mit der Umgestaltung der formula. Auch können wir Sohms Bemerkung nicht billigen:

«Weil das pactum conventum aufserhalb der feierlichen mancipatio gestanden habe, sei aus der fiducia keine actio in ius — mit genau begrenztem Leistungsinhalt — hervorgegangen, sondern eine sogenannte actio bonae fidei».

Für die älteste Zeit wenigstens kann das unmöglich richtig sein.

Ferner gehört hierher Geib (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung VIII 118). Ursprünglich ist auch nach ihm die fiducia eine lex mancipationis gewesen, während sie sich später zum nudum pactum umgebildet habe. Der Ursprung der Klagbarkeit liege danach in den Zwölftafeln (118). In der ersten Zeit sei danach die Klage auf certa res gegangen, und nur das remancipare oportere, nicht aber andere Verpflichtungen hätten damit geltend gemacht werden können; auch sei sie stets einseitig gewesen. (?) Das pactum sei erst in späterer Zeit durch den praetor (als «pactum praetorium») rechtlich anerkannt (S. 140), folglich sei die von ihm gewährte spätere actio fiduciae keine Klage auf Erfüllung einer bereits als vorhanden gedachten Verpflichtung; das Fundament bilde vielmehr ein factum, die formula sei daher in factum concepta. Mit der Zeit hätten sich diese beiden Formen ausgeglichen.

§ 12. contractus oder pactum?

Mit unserer Darstellung ist eigentlich schon die Antwort auf eine früher sehr beliebte Frage gegeben, welche die älteren Juristen lebhaft beschäftigt hat, ob die fiducia contractus oder pactum sei? cfr. Dernburg, Pfandrecht S. 8, der diese Kontroverse «unfruchtbar» nennt.

Früher wurde die fiducia gewöhnlich als contractus bezeichnet, ohne dafs man weitere Konsequenzen daran geknüpft hätte. So z. B. Conradi[1]) und die bei Büchel[2])

[1]) scripta minora II, 179—186.
[2]) de fiducia S. 3—5.

Citierten; B. selbst erklärt sich freilich gegen die Annahme eines contractus, weil die fiducia bei Gaius' Aufzählung der Kontrakte fehle; sie sei vielmehr pactum adiectum.

Was die fiducia nun aber für ein «Kontrakt» gewesen sei, darüber schweigen sich die meisten aus, wenn auch im allgemeinen die Ansicht hervortritt, dafs wir es in ihr mit einem Realvertrag, mit dem pignus verwandt, zu thun hätten. Dagegen schon mit Recht Huschke[1]) mit dem Hinweis auf die weitere Ausdehnung der fiducia über den Pfandzweck hinaus.

Ohne diese Beziehung zum Pfandvertrag zu betonen, haben noch manche andere in der fiducia einen Realkontrakt sehen wollen; so Krüger,[2]) Ubbelohde[3]) und für das römische Recht Geib,[4]) der sie aber nach heutigen Anschauungen als Konsensualvertrag bezeichnet. Für das klassische Recht auch Czyhlarz.[5])

Indes ist diese Meinung ganz unhaltbar. Abgesehen davon, dafs mittels des Fiduciarvertrages auch freie Menschen übereignet werden konnten, bei denen von einer «res» doch nimmermehr die Rede war, spricht hiergegen die auch von Krüger zugegebene Thatsache, dafs bei der traditio eine fiducia nicht gethätigt werden konnte, während zur mancipatio und in iure cessio eine körperliche Übergabe — abgesehen etwa von den etwas fabelhaften «res mobiles quot manu capi possunt» des Ulpian (XIX, 6) — nicht essentiell war. Pflegte doch sogar die mancipatio eines Grundstücks der Natur desselben entsprechend gar nicht einmal in körperlicher Nähe des Mancipationsobjektes vorgenommen zu werden! («praedia vero absentia solent mancipari, Gaius II, 21). Sonach konnte beim Fiduciargeschäft das reale Element, wenn man es als körperliche Übergabe fafst, gar nicht immer gewahrt bleiben.

Will man aber den Realvertrag unter Berufung auf die notwendige Eigentumsübertragung retten, so ist auch das ein

---

1) Zeitschr. f. gesch. R.-W. XIV, S. 231 N. 77.
2) a. a. O. S. 58.
3) Gesch. d. ben. Realkontr. S. 56.
4) a. a. O. S. 146.
5) Institutionen S. 166.

Schlag ins Wasser. Denn es geht aus den Quellen — namentlich der schon mehrfach hervorgehobenen l. 22 D. XIII, 7 — mit Evidenz hervor, dafs die obligatorische Wirkung der fiducia von der wirklichen Übertragung des Eigentums unabhängig war, und der Schwur der Fiduciantin in der pompejanischen Urkunde, sie sei Eigentümerin der gegebenen Sklaven, sollte doch jedenfalls den Zweck verfolgen, gerade für den Fall der Eviktion, d. h. der Nichtübertragung des Eigentums, ihre fraus zu supplieren und damit die actio fiduciae zu ermöglichen, was also trotz jenes Mangels eine rechtsgültige fiducia voraussetzt.

Verwunderlich wäre es auch, dafs die fiducia niemals unter den Realkontrakten genannt wird; Innominatvertrag aber kann sie als ein altes, vielgebrauchtes und individuell benanntes Gebilde des alten ius civile unmöglich gewesen sein.

Könnte man unser Geschäft aber nicht vielmehr als einen Verbalvertrag bezeichnen, indem man darauf hinwiese, dafs sie ihre Geltungskraft der certa verba solemnia der nuncupatio verdankt habe? Dies läge für Dernburg nahe, nach dessen Anschauungen das pactum ja an der Publizität des Aktes teil genommen haben soll.

Aber auch diese Hypothese würde nicht weiter führen, teils weil diese verba solemnia doch kein solenner Akt für sich, sondern nur einem andern Geschäft, der mancipatio, als accidentale beigefügt waren. Und andererseits hat nach unserer Darstellung wenigstens die spätere Entwicklung dahin geführt, dafs erst faktisch und dann auch rechtlich mehr und mehr Gewicht auf das pactum, statt auf die lex mancipationis gelegt wurde, und ein erweislich formloses pactum als Verbalkontrakt zu denken, wäre doch eine contradictio in adiecto.

Es bliebe dann noch übrig, dem Fiduciarvertrag als Konsensualkontrakt zu bezeichnen, wie das für das heutige Recht Geib thut. Auch die Anhänger Jherings müssen dahin kommen, da sie lediglich auf das formlose pactum die Obligation stützen. Für uns verbietet sich diese Theorie durch unsere ganze Darstellung, nach welcher nicht aus dem pactum, sondern aus der nuncupatio die Klagbarkeit resultiert, und die auch für die neuere Entwicklung eine nuncupatio

«fidei fiduciae» als unentbehrliche Grundlage der Klage erheischt, auf die sich die rechtliche Kraft des pactum lediglich stützen kann. Ein weiteres Moment kommt noch hinzu — nirgends finden wir unter der doch streng geschlossenen Zahl der formlosen obligatorischen Geschäfte, deren Klagbarkeit von den Römern contra tenorem rationis aus ihrer wirthschaftlichen Bedeutung heraus nudo pacto anerkannt wurde, — cf. Gaius II, § 135 — die fiducia mit aufgeführt: dort sehen wir immer nur jene vier bekannten Contracte. Und sonderbar wahrlich würde sich ein Rechtsinstitut, das im Leben kein gemeinsames Band umschlang, sondern das seine Einheit nur der juristischen Form, der einheitlichen actio verdankte, unter diesen einfachsten Gebilden des täglichen Lebens ausgenommen haben!

Wie seltsam auch, was schon Degenkolb hervorgehoben hat — die fiducia ist ein Konsensualvertrag und doch nur im Anschlufs an ein formalistisches Hauptgeschäft denkbar!

Etwas eigentümlich ist die Auffassung von Bekker. Er erklärt einmal[1]) das Fiduciargeschäft für ein pactum adiectum, einen Nebenvertrag zu mancipatio und in iure cessio. Dabei leitet er aber die Geltungskraft nicht aus der Solennität ab, da bei der in iure cessio für eine solche Verbindung kein Platz gewesen sei, sondern aus der Eigentumsübertragung — eine Behauptung, deren völlige Haltlosigkeit wir schon oben dargethan haben.

Dann aber wirft Bekker[2]) dem Gaius vor, dafs er in lib. III seiner Institutionen keine vollständige Klassifikation der Vertragsarten gegeben habe, es fehle nämlich z. B. der contractus fiduciae, den Bekker danach für eine besondere, gar nicht unter die vier sonst bekannten Kategorieen fallende Vertragsart anzusehen scheint. Wie er sich das des näheren denkt, hat uns Bekker nicht mitgeteilt, und wir können so lange nicht umhin, diese Ansicht für etwas sonderbar zu erklären.

In der That ist die fiducia nichts weniger als ein beson-

---

[1]) Actionen I, S. 125

[2]) Das. I, S. 63.

derer Kontrakt. Kein Zufall ist es, dafs sie niemals in den sämtlichen erhaltenen Citaten — allenfalls eine interpolierte und in ihrer Lesart daher kaum ganz sichere Stelle, l. 39 D. XIII, 7 ausgenommen — als contractus bezeichnet wird, sondern ihre Einheitlichkeit immer nur in der actio fiduciae findet. In Bezug auf das Fiduciargeschäft lesen wir stets nur Ausdrücke wie pactum oder lex mancipationis. («pactum conventum») Und damit stimmen auch die erhaltenen Urkunden überein. Der Ausdruck «lex mancipationis» dürfte die Sache am genauesten bezeichnen — durch sich selbst ist die fiducia nichts, sie empfängt vim ac potestatem erst aus dem Hauptgeschäft und ist daher eigentlich nur ein — freilich eigentümlicher — Bestandteil desselben, keineswegs aber, wie Jhering annimmt, ein selbständiges Geschäft, zu dem die mancipatio nur eine conditio sine qua non gebildet hätte. Und auch die spätere Entwicklung hat ihr nicht, wie Geib annimmt, diese Natur eines selbständigen Geschäfts geben können, da die nuncupatio stets ihr «caput et fundamentum» blieb.

Und in der That wäre ein selbständiger contractus fiduciae ein wahres civilistisches Chamäleon, in seiner Gestaltung mehrerer Verwandlungen fähig als der alte Proteus. Bald würde er als Pfand-, bald als Mandats-, bald als Deposital-, bald als Schenkungsabrede erscheinen, bald zu den Zwecken des Familienrechts, zur emancipatio, Scheinehe u. s. w. verwendet werden. Und alles das soll man mit einem und demselben, wo möglich sogar formlosen Vertrage erreichen können? Der besondere Charakter der fiducia, des Vertrauens, kann doch eine solche Einheitlichkeit ebensowenig, ja noch weniger begründen, wie der Schenkung, dem Niefsbrauch, dem Pfandrecht — diese Begriffe im weitesten Sinne verstanden — rechtlich innewohnt.

Wo solche materielle Gleichheit und Einheitlichkeit fehlt, da kann der fiducia, wie schon wiederholt hervorgehoben, nur durch die Einheit der Form Individualität zukommen: formell ein Bestandteil der mancipatio, verdankte die fiducia diesem Charakter gemäfs den Zwölftafeln ihre Klagbarkeit, ähnlich wie ja auch die actio auctoritatis auf Grund jenes Gesetzes aus dem Formalakte der mancipatio resultierte, nur dafs es zu ihrer Begründung keiner besonderen Nebenbe-

stimmung bedurfte[1]). Vielleicht kann man das Verhältnis proportional etwa ausdrücken, dafs sich die Fiduciarberedung zur mancipatio verhält, wie die Pfandberedung (pignus) zur traditio. Denn bei dieser war die körperliche Hingabe (res) doch auch die Grundlage der Klagbarkeit, zu der dann auch die Beredung hinzukommen mufste.

§ 13: Fortsetzung.
Die Ansicht von Bechmann. — Besonderheiten.

I. Wir haben uns bis an diese Stelle die von Bechmann[2]) vorgetragene Anschauung von der Natur des Fiduciargeschäftes aufgespart, da sie uns einer besonderen Behandlung nicht unwert erscheint. Mit Recht betont dieser Schriftsteller zunächst, dafs nur der allgemeine Zweck der fiducia in das Formular aufgenommen sei; seine Anwendungen im besonderen, also z. B. auf Rückgewähr der Sache, Freilassung etc. seien darin schwerlich aufgenommen worden. Die eigentliche Kraft der fiducia, meint Bechmann danach S. 290, sei nicht in der mancipatio sondern im pactum zu suchen. Dafs letzteres nicht als contractus bezeichnet sei, sei sicher nur aus äufseren Gründen geschehen; spreche doch Gaius II, 60 sogar von fiduciam contrahere; von einer prinzipiellen Fernhaltung des Wortes contrahere sei nicht die Rede.

> «Zwar formell schliefst sich dieser Vertrag an ein anderes Rechtsgeschäft an in dem Sinne, dafs er niemals für sich allein vorkommen kann»,

und lediglich diese formelle Unselbständigkeit sei eben der Grund, ihn als pactum zu bezeichnen. Die materielle Kraft aber schöpfe die fiducia nicht aus der mancipatio, da die mancipatio im engeren Sinne keine Klagen erzeuge, zu der sich die fiducia als normgebende Ausführungsbedingung, als pactum adiectum in der Art von l. 7 § 4 D. II, 14 verhalten habe.

Diese ganze Darstellung, so überzeugend sie sich zuerst ausnimmt, bewegt sich in der Wahrheit doch auch in

---

1) Wenigstens nach der herrschenden Lehre.

2) Kauf I, 287 fg.

demselben unlöslichen Widerspruche, den Degenkolb so gut herausgefühlt hat. Denn die Formel selbst ist danach unfähig, die Individualität des Fiduciargeschäftes aufzunehmen; man benötigt also des pactum und läfst in letzterem die juristische Kraft des Geschäftes beruhen. Umgekehrt sucht das an sich rechtlich unerhebliche pactum seinen Stützpunkt in der mancipatio. Es eröffnet sich hier also für uns ein endloser Progrefs — bei dem Versuche, den Grund der rechtlichen Bedeutung der fiducia festzustellen, verweist uns die mancipatio auf das pactum, das pactum auf die mancipatio und so fort.

Der von Bechmann ferner hervorgehobene Umstand, dafs die Fiduciarklage sowohl eine directa als contraria ist, besagt nichts, denn erstlich ist es denkbar, dafs die letztere eine jüngere Schöpfung des prätorischen Rechts ist — Lenel sieht in ihr den Grund der formula in factum concepta, die er doch für die jüngere hält — und zweitens widerspricht es gar nicht dem Wesen einer lex mancipationis, welche nach der Auffassung des älteren römischen Rechts gewissermafsen objektives Recht zwischen den Parteien setzen sollte («ita ius esto»), diese Norm auch zweiseitig-verpflichtend, mit Rechten und Pflichten für beide Parteien, zu gestalten.

Dafs die mancipatio, wie Bechmann behauptet, zum pactum fiduciae in gar keinem Verhältnis rechtlicher Abhängigkeit gestanden habe, dafs der Zusatz der Formel fidei fiduciae ohne Bedeutung gewesen sei und nur dazu gedient habe, das Geschäft unter den öffentlichen Glauben zu stellen, sind zwar weitaussehende Behauptungen, aber auch nur Behauptungen, denen gegenüber wir uns auf unsere bisherige Darstellung berufen können.

Den Fiduciarvertrag selbst hält Bechmann von vornherein für einen direkten Realvertrag, einheitlich in der Idee, aber der juristischen Struktur nach in zwei Geschäfte auseinanderfallend, Eigentumsübertragung und pactum conventum; er sei ein «in der Struktur unfertig gebliebener Realvertrag».

Wir müssen gestehen, dafs uns bei dieser Darstellung Bechmanns die Römer in einem ganz neuen Lichte erscheinen — sie, die wir sonst als Muster praktischen Sinnes

und juristischer Technik zu rühmen gewohnt sind, sollen es nicht verstanden haben, den für sie so wichtigen, alltäglich vorkommenden Fiduciarvertrag innerhalb von sechs und mehr Jahrhunderten «in der Struktur fertigzustellen»?

Aus dieser angeblichen Unfertigkeit der fiducia erklärt sich nach Bechmann auch ihre Unvereinbarkeit mit der traditio. Letztere nämlich sei kein in sich abgeschlossenes Geschäft, sondern rechtlich völlig charakterlos, stehe einem besondern Zweck nicht selbständig gegenüber, sondern sei einfach das immanente Mittel zu seiner Realisierung. Das ganze Geschäft sei eine Einheit.

Bechmann scheint selbst halb und halb zu fühlen, wie gefährlich diese Deduktion für seine eigene Ansicht ist. Denn warum soll, wird man einwerfen, wenn das pactum fiduciae der in Wahrheit selbständige, rechtsbegründende Akt ist, nicht auch bei ihm die traditio als «immanentes Mittel zu seiner Realisirung» verwendet werden? Bechmann antwortet S. 294 darauf, «weil die fiducia die Eigentumsübertragung als vollendetes und in sich abgeschlossenes Rechtsgeschäft voraussetzt».

> «Soll der Zweck überhaupt erreicht werden, so kann nur ein unbenannter Realvertrag zum Ziele führen, der die Eigentumsübertragung gerade ebenso als Moment in sich aufnimmt, wie der typische Realkontrakt die Besitzübergabe.»

Die traditio werde zum typischen, zum Eigentumsübergang geeigneten Geschäft erst durch die Absicht der Parteien, die sich in einem besonderen Rechtsgeschäft äufsere; sie lehne sich also an dieses als Bestandteil, während umgekehrt die fiducia eine solche Anlehnung an ein an sich Eigentum verschaffendes Geschäft bedürfe.

Das Geschäft zerfalle also in zwei Akte:

a) Eigentumsübertragung;

b) pactum fiduciae,

von denen das erste aber nur als Vorbedingung, conditio sine qua non, erscheine.

Diese ganze Deduktion erscheint uns verfehlt. Wenn die traditio an sich juristisch nichts ist, vielmehr durch ihre Zugehörigkeit zu einem konkreten Geschäft Leben gewinnt, und auf der andern Seite das pactum fiduciae nichts Selbständiges

sein kann, so folgt noch immer nicht, dafs diese beiden für sich rechtlich unselbständigen Akte auch durch ihre Zusammensetzung kein selbständiges Leben gewinnen könnten. Die traditio mag als solche kein Eigentum übertragen: geht aber der animus dominii acquirendi aus einer ihr beigefügten konkreten causa, z. B. der causa donandi, die als blofse causa für sich ebensowenig Eigentum übertragen könnte, hervor, so ist es nunmehr doch die traditio, welche mit diesem Halt versehen den Rechtsübergang bewirkt. Bechmann verwechselt die zur traditio hinzutretende fiduciae causa, in dem der animus dominis transferendi enthalten ist, mit dem pactum fiduciae, aus dem sich ihr Vorhandensein ergiebt, die aber nicht mit ihr identisch ist.

So ist vom Bechmann'schen Standpunkt aus die Unanwendbarkeit der traditio beim Fiduciargeschäft unerklärlich. Wie wenig aber dies pactum fiduciae «wegen der in ihm liegenden Übereignung des Eigentums» als Realvertrag bezeichnet werden kann, ergiebt sich aus dem Herausgreifen der fiducia auf Fälle, die gar nicht dem Kreise der dinglichen Rechte angehören, und aus der mehrfach erwähnten Unabhängigkeit der obligatorischen Wirkung, der actio fiduciae, von der dinglichen, dem Eigentumsübergang.

Sonach bleibt nur die Möglichkeit, das pactum fiduciae, dessen Klagbarkeit doch irgend einen Grund haben mufs, sei es res, verbum, consensus, statt auf die Wirkung, auf die Form der mancipatio hinsichtlich des rechtlichen Erfolges zu beziehen, mit anderen Worten, die mancipatio statt des pactum wieder zur formellen Grundlage des Fiduciargeschäftes zu erheben.

II. Eine besondere Frage ist noch zu beantworten — ob nämlich das pactum fiduciae der mancipatio vor- oder nachgestellt worden sei? Letzteres ist die herrschende Meinung, und sie wird durch die gewöhnliche Auslegung der bätischen Urkunde bestätigt, wonach das dort mitgeteilte pactum conventum, das nach gethätigtem Mancipationsakt vorgenommen war, als pactum fiduciae zu gelten hat. Schon oben haben wir uns dieser Meinung angeschlossen im Gegensatz zu Rudorff und Karlowa, die in jenem nur ein pactum venditionis sehen.

Für vorangehend scheint Czyhlarz (Institutionen S. 128) das pactum zu halten («auf das pactum hin erfolgt die mancipatio»). Wir können dem nicht beistimmen — man pflegt keine Kommentare zu schreiben, ehe man Gesetze hat. Ist die mancipatio selbst caput et fundamentum der fiduciae datio, so kann jenes für sich belanglose pactum nicht wohl vorangegangen sein.

Freilich kommt die herrschende Lehre damit in die Verlegenheit, keinen Ausweg zu wissen für den Fall der nachherigen Weigerung des Empfängers, das pactum fiduciae abzuschliefsen. Dies Bedenken mag schwer wiegen denjenigen gegenüber, welche das Fundament der actio fiduciae im pactum sehen — für uns dagegen fällt die ganze Schwierigkeit weg, indem schon die der mancipatio inserierten Worte «fidei fiduciae causa» den Rechtsgrund für die Klage abgeben. Aus letzterem Grunde können wir die ganze Frage auf sich beruhen lassen, da ihr demnach nur eine rein äufserliche Bedeutung zukommen kann.

Übrigens spricht auch das pompejanische Fragment nach der Eck'schen Auslegung einigermafsen für die Nachstellung des pactum, die nach alledem jedenfalls die grofse Wahrscheinlichkeit für sich hat.

III. Schliefslich bleibt hier zu erwähnen, dafs Dernburg[1]) die fiducia für ein Doppelgeschäft erklärt. Wie haben wir uns zu dieser Behauptung zu verhalten?

U. E. ist dieselbe nicht falsch, aber etwas mifsverständlich, denn

a) formell juristisch ist die mancipatio fiduciae causa wenigstens ihrer ursprünglichen Gestaltung nach ein einheitliches Geschäft, da die Fiduciarberedung in der nuncupatio selbst ihren Rechtsgrund fand. Und auf dieser juristischen Einheit beruhte die Individualität des Geschäftes, seine einheitliche Geltendmachung mit der actio fiduciae.

b) materiell war sie allerdings regelmäfsig ein Doppelgeschäft, sie enthielt

   α) den Übergang des Eigentums, der potestas, der tutela etc., der aber nur regelmäfsig eintrat, durch sein aus-

[1]) Pandekten I, § 263

nahmsweises Fehlen das Geschäft zu β nicht unwirksam machte.

β) die obligatio fiduciae, welche die eigentliche, charakteristische Wirkung des Fiduciargeschäftes bildete.

§ 14. Die angebliche Umwandlung der fiducia in ein Geschäft des ius gentium.

Die dargestellte Form ist dem Fiduciargeschäft von jeher wesentlich gewesen. Die Unzulässigkeit ihrer Begründung durch traditio ist danach nicht aus praktischen, sondern aus begrifflichen Gesichtspunkten hervorgegangen. Ohne Formalakt fehlte dem Geschäft die nötige Einheit, einer einheitlichen actio fiduciae jedwede genügende Unterlage. Auch wäre bei der gegenteiligen Ansicht sonderbar, weshalb die fiducia gemeinsam mit der mancipatio bei Justinian verschwunden ist.

Dernburg[1]) behauptet nun zwar, dafs in den letzten Zeiten des römischen Reiches die fiducia nicht mehr so streng an die voraufgehende mancipatio gebunden worden sei, man sich vielmehr in der Geschäftsurkunde der Phrase «mancipatio» bedient habe, ohne jene in Wahrheit abgeschlossen zu haben.

Wir wollen nun durchaus nicht bestreiten, dafs in jener Zeit rapiden Niederganges des römischen Rechtslebens derartige Verwilderungen auch bei unserem Institut vorgekommen sein mögen, zumal es auch sonst dem Zuge der Zeit entsprach, mehr und mehr Gewicht auf die Urkunden statt auf die wirklichen Solennitäten der Geschäfte und die Zeugen zu legen; aber zur rechtlichen Sanktion ist dieser abusus gewifslich nicht gelangt, und jedem Beteiligten wird der Gegenbeweis zugestanden haben, dafs die mancipatio in Wirklichkeit nicht gethätigt sei. Denn bei erlangter rechtlicher Anerkennung dieser «freieren Entwicklung» wäre die fiducia, statt allmählich abzusterben, wahrscheinlich bei Justinian erhalten geblieben; ja, die Möglichkeit einer solchen «freieren Entwicklung» würde gerade ihre praktische Bedeutsamkeit in jener Periode bekunden; ein abgestorbenes Institut entwickelt sich im Leben nicht mehr!

---

[1]) Pfandrecht I, S. 94.

Mit dieser Behauptung steht in Verbindung eine andere, wonach die fiducia aus den Schranken römischen Nationalrechtes heraustretend sich zu einem Institut des ius gentium umgebildet hat. Soweit man dabei zugiebt, dafs die Formalitäten der mancipatio und in iure cessio auf dies erweiterte Institut übertragen seien, mag diese Behauptung auf sich beruhen, wenngleich das allmähliche Verschwinden der fiducia im ganzen Recht damit keineswegs sonderlich harmoniert; soweit man aber auch jene Requisite dabei über Bord geworfen wähnt, kann gegen diese Meinung nicht entschieden genug Widerspruch erhoben werden! Es ist doch absolut unerfindlich, wieso die fiducia einerseits die Sphäre ihrer Anwendbarkeit hätte erweitern sollen und können, um anderseits mehr und mehr dem praktischen Leben entfremdet zu werden! Ist es doch auch sonst der allgemeine Entwicklungsgang, dafs die auf den Fesseln des specifisch-nationalen Civilrechts beruhenden Rechtsinstitute im Corpus Iuris entweder unter Abschleifung dieser Form allgemeine Anwendbarkeit gefunden haben, oder, soweit sie dies nicht vermochten, verschwunden sind.

Die hier kritisierte Meinung vertritt Geib[1]), nach dem die fiducia zu einem Institut des ius gentium geworden sein soll. Wenn auch wahrscheinlich die mancipatio fortdauernd als rechtliche Scheingrundlage des pactum conventum in Betracht gekommen sei, so sei doch unmöglich die Form dieser mancipatio mit der sonst üblichen identisch geblieben; vielleicht sei sogar die Klausel meum esse aio ex iure Quiritium ganz in Wegfall gekommen.

Noch weitergehend wollen Voigt[2]) und Rudorff[3]) sogar behaupten, die fiducia sei noch in Übung gewesen zu einer Zeit, als die mancipatio längst abgekommen sei.

Auch Stas[4]), Conradi[5]) u. a. erklären die fiducia für ein Institut des ius gentium.

Von allen diesen weittragenden Behauptungen darf man

---

[1]) a. a. O. S. 148.
[2]) ius naturale II, 940.
[3]) Zeitschr. f. R.-Gesch. XI, S. 65 Anm. 7.
[4]) a. a. O. S. 15.
[5]) a. a. O. S. 182.

wohl ruhig sagen, dafs sie eben mehr behauptet als bewiesen sind. Wenn man sich auf die Anwendung des terminus «fiducia» in den vereinzelten Stellen der Longobardischen Gesetze beruft, so ist dagegen auf v. Savignys[1]) treffende Ausführungen zu verweisen, wonach jene Stellen nicht von der technischen fiducia, sondern nur von «Verpfändung im allgemeinen» handeln. Indem Rudorff[2]) das bestreitet, kommt er mit sich selbst in Widerspruch, da er an anderer Stelle[3]) die Unanwendbarkeit der fiducia bei Provinzialgrundstücken behauptet, weil sie nicht dem ius civile unterstanden.

Handeln aber jene Stellen nicht von der fiducia im eigentlichen Sinn, so ist uns keinerlei Citat über dieselbe aus der Zeit nach dem Verschwinden der mancipatio erhalten.

Und was bringt Geib für seine Behauptung vor? Ihm ist der Umstand, dafs Peregrinen kein Eigentum ex iure Quiritium haben konnten, weshalb die ursprüngliche fiducia bei ihnen nicht hätte angewendet werden können, Grund für diese Umbildung, während nach unserer Theorie das Vorhandensein eines dominium ex iure Quiritium der Hauptgrund ist, dafs man die fiducia neben dem pignus überhaupt beibehielt. Daher mufste sie mit dem Verschwinden jenes quiritarischen Eigentums mehr und mehr in Vergessenheit geraten, statt, wie Geib meint, nun auf die Peregrinen übertragen zu werden. Für die fiducia war im Verkehr das ius gentium neben dem pignus mit seiner gröfseren Bequemlichkeit gar kein Raum, weil kein Bedürfnis. Denn hier bedurfte der Pfandgläubiger nicht der Form der mancipatio, um das Eigentum der verpfändeten Sache an Dritte zu übertragen.

Wer freilich mit Conradi[4]) meint, bei der fiducia hätten beide Parteien am besten ihre Rechnung gefunden — der Gläubiger durch Erlangung des dinglichen Klagerechtes gegen Dritte; und der Schuldner, weil er die fiduzierte Sache als commodatum, precarium etc. hätte weiter benutzen können und weil er «ex pacto fiduciae certior esset de recipienda

---

1) Gesch. d. röm. Recht im Mittelalter II, 187.
2) a. a. O.
3) Pfandklagen S. 192.
4) a. a. O. S. 204.

re sua (!), der mag auch für den Verkehr des ius gentium ein Bedürfnis für dieselbe annehmen — aber er beweist mit derartigen famosen Argumenten eben nur um zu beweisen, ohne Rücksicht auf das Ergebnis.

Die bätische Urkunde vollends spricht keineswegs für die behauptete Verallgemeinerung. Denn sie ist, wie unsere obige Darstellung schon ergab, wahrscheinlich aus Italien nach Spanien als Geschäftsformular eingeführt. In damaliger Zeit bildeten sich im südlichen Spanien mehrere römische, des ius Italicum teilhaftige Kolonieen — so unter Caesar bei Ossuna an Stelle des alten Urso die colonia Iulia Genetiva [1]; ja, wie Degenkolb [2]) vermutet, liegt die Vermutung der Beziehung auf eine in Spanien gelegene römische Kolonie Veneria überaus nahe. Jedenfalls spricht die Urkunde von einer mancipatio, was u. E. schon entscheidend gegen ihre Verwendbarkeit im Sinne der Gegner ins Gewicht fällt; auch die etwaige Weiterveräufserung der verpfändeten Sklaven soll durch mancipatio geschehen.

Ebensowenig kann das Fragmentum Atestinum in Betracht kommen. Denn es ist erweislich jünger als die lex Roscia, durch welche die Grundstücke der Gallia Cisalpina des ius Italicum teilhaftig wurden, und Provinzialgrundstücke mit ius Italicum sind bekanntlich res mancipi, Gaius II § 27 — solum vero provinciale, quod ius Quiritium habet, soli Italici loco est, proinde mancipari quoque potest.

Wieso Geib die Stelle IV, 33 des Gaius für seine Meinung verwerten will, erscheint uns schleierhaft.

Das Hauptargument aber der Gegner, auf das sich auch Geib mit besonderem Nachdruck beruft, ist die Stelle bei Cicero pro Flacco 21. In der That erscheint dieselbe einigermafsen bedenklich und auch Degenkolb, der entschieden eher für die Beschränkung der fiducia auf den Kreis des ius civile eintritt, bezeichnet wohl im Hinblick auf sie das Verhältnis der fiducia zum ius gentium als eine noch ungelöste Frage.

---

[1]) Karlowa, R.-Gesch. I, S. 443; Bruns S. 110 fg.
[2]) a. a. O. S. 409.

Allein bei näherer Prüfung erscheint uns auch dies Citat zum mindesten nicht als entscheidend. Ganz abgesehen, dafs es immer mifslich ist, eine so überaus schwerwiegende, sonst jeden Beweises bare Behauptung auf das einzige Zeugnis eines nicht einmal direkt juristischen, die Sache keineswegs ex professo behandelnden Schriftstellers stützen zu wollen, ist die Beziehung jener Stelle keineswegs klar. Selbst wenn der Wohnort des Lysanias, Temnus, des ius Italicum nicht teilhaftig gewesen sein sollte, was wir allerdings wohl annehmen müssen, so steht doch nicht so ohne weiteres fest, dafs die Grundstücke desselben, die Decianus per fiduciam an sich gebracht hatte, sich gerade zu Temnus und nicht vielmehr an einem andern, vielleicht mit ius Italicum versehenen Orte befunden haben. Betrieb doch auch der Gläubiger Decianus nicht zu Temnus, sondern zu Apollonis seinen Grofshandel.

Läfst man aber auch alles das auf sich beruhen, so mufs doch jedenfalls bedacht werden, dafs es an dieser Stelle auf die technische Bezeichnung des Rechtsverhältnisses gar nicht ankam, sondern nur darauf, die Befangenheit des Zeugen Lysanias darzuthun, und Ciceros civilistische Feinheit scheint uns nicht danach zu sein, dafs man das von ihm gebrauchte Wort fiducia auf die Goldwage zu legen hätte. Selbst wenn er sich ganz klar gewesen wäre, wenn er nicht, wie ihm das öfter passierte, einen Lapsus begangen hätte, die Verschiedenheit des griechischen und römischen Rechtes übersehend, so ist ebensowohl denkbar, dafs er den Richtern — die wohlgemerkt keine Berufs-, sondern Privatrichter und daher des fremden Rechtes ziemlich unkundig gewesen sein werden — die Sache sozusagen möglichst mundgerecht zu machen suchte. Er übersetzte das in Wirklichkeit vorliegende griechische Rechtsinstitut (*πρᾶσις επὶ λύσει*,) welches materiell die gröfsten Ähnlichkeiten mit der fiducia hatte, ihre Rolle im griechischen Recht fast vertrat, in populärer Redeweise einfach in den entsprechenden römischen terminus.

Und dafs Griechenland verwandte Geschäftsarten besessen hat, beweist uns neuerdings O. Schulthess, Vormundschaft nach attischem Recht, Bonn 1886, S. 161 fg. — in dem *ἀποτίμημα* und der genannten *πρᾶσις ἐπὶ λύσει*.[1]) —

[1]) cf. Voigt, 12 Tafeln II, 167 No. 1.

Sonach kann die Beweisführung der Gegner nicht im entferntesten als durchschlagend anerkannt werden, wogegen die von uns vorgebrachten Gegengründe von ihnen bislang keineswegs widerlegt sind.

cfr. noch Czyhlarz Institutionen S. 130.

Kap. II: Die Anwendungsfälle und Objekte der Fiducia.

§ 15: Allgemeines — Der Zweck.

Wollen wir die Anwendungsfälle der fiducia ins Auge fassen, so fallen zunächst alle die Anwendungen des Wortes für uns weg, bei denen es in untechnischem, etwa wie bei Livius in staatsrechtlichem Sinne gebraucht wird; cfr. darüber oben Einleitung.

In diesem technischen Sinn nun findet die fiducia ihre Begrenzung zunächst durch ihre Entstehungsform — sie ist anwendbar nur bei solchen Objekten, welche ihrer Natur nach eine Übertragung durch die Formalakte der mancipatio und in iure cessio zuliefsen.

Im übrigen benötigt sie nur eines bestimmten Zweckes. Es fragt sich daher zunächst, welche Zwecke man bei Eingehung eines Fiduciarvertrages möglicherweise verfolgen kann.

Die fiducia ist nun, wie wir sahen, das Kind einer Zeit, wo der Formalismus und die Konzentration der Rechtsgeschäfte es nicht ermöglichten, die zahllosen verschiedenen wirtschaftlichen Zwecke des Lebens im Rechtsverkehr durch entsprechende Geschäfte direkt zur Geltung zu bringen. Alle die Fälle, in denen es darauf ankam, jemandem über eine bisher uns rechtlich unterworfene Person oder Sache eine Verfügungsgewalt zu verschaffen, ohne damit vollständig und endgültig jene rechtliche Zuständigkeit aufzugeben, in denen jener also teils im eignen, teils in unserem Interesse die Verfügung über die Sache ausführen sollte, scheiterten damals in ihrer direkten Herstellung an der Ungeschicklichkeit der Rechtsformen. Der blofs formlose Vertrag, einerlei welches sein Inhalt war, erzeugte für sich keinerlei rechtliche Wir-

kungen in einer Zeit, welche nur nexum, mancipatio und später stipulatio kannte.

Mandatum, commodatum, depositum, pignus etc., obzwar wirtschaftlich sicher wohlbekannt, ergaben keinerlei Verpflichtung; nur die vindicatio führte zum Ziel, während es gegen Verschulden des Empfängers nur schwer Hülfsmittel gab,[1]) zumal die Schadensersatzansprüche sich erst später auszubilden begannen. Wollte man jemandem eine Sache verpfänden, so konnte man ihm dieselbe geben — aber er blieb der vindicatio des Schuldners ausgesetzt und konnte aufserdem nicht sich durch Verkauf der Sache schadlos erhalten, da er als Nichteigentümer zumal in Form der mancipatio und in iure cessio zur Übertragung des Eigentums nicht im stande war.

Auch die Vertretung im Prozefs war während der Geltung des Legisaktionsverfahrens nur in einzelnen Ausnahmefällen zulässig. Die Zufügung von Bedingungen bei Vornahme der Formalakte war naturgemäfs sehr beschränkt.[2])

Wollte man alle jene Zwecke doch erreichen, so mufste man einen Umweg einschlagen und jene Person, sei sie nun creditor oder «amicus», formell zum selbständig Berechtigten machen. —

Hieraus ergiebt sich, dafs die fiducia in früherer Zeit ein Rechtsinstitut von allgemeiner Ausdehnung gewesen sein mufs. Namentlich mochte das damals der Fall sein, als sie sich zum bonae fidei negotium ausbildete, also alle möglichen Nebenabreden der Parteien bei ihr mehr und mehr Bedeutung gewannen.

Aber nicht allzulange wird sich die fiducia dieses weiten Anwendungsgebietes zu erfreuen gehabt haben. Gerade jene Berücksichtigung der bona fides, welche bei ihr zuerst Platz griff, führte in ihrer weiteren Ausbildung zur selbständigen rechtlichen Anerkennung auch zahlreicher andrer Geschäfte, die damit aufhörten, rechtlich nur unter dem Schutze des Fiduciargeschäftes Bedeutung zu haben. Von nun an fehlte jeder innere Grund, noch den Umweg der fiducia zu wählen, wenn man denselben Zweck auf gerader Linie erreichen

[1]) Abgesehen von etwaigen selbständigen Deliktsklagen aus jenen Thatbeständen (crimen perfidae); cf. Jhering, Schuldmoment S. 30 fg.

[2]) cf. Conradi S. 192.

konnte. Das Fiduciargeschäft war für den Verkehr — wenn auch mancher spekulative Gläubiger darüber anders denken mochte — wenig mehr als eine dira necessitas, und mufste verschwinden, nachdem es seine Schuldigkeit gethan hatte.

cfr. Conradi a. a. O.; Rudorff Zeitschr. f. R. G. XI, 103.

§ 16. Die Objekte der fiducia.

Auch die Frage nach den möglichen Gegenständen fiduciarischer Übereignung gehört zu denen, welche Degenkolb (a. a. O.) als annoch ungelöste bezeichnet. Und doch scheint uns ihre Beantwortung weniger schwer zu fallen — sie ergiebt sich aus unserer Darstellung schon fast von selbst.

War die mancipatio die vornehmlichste Entstehungsart der fiducia, so war jene notwendig auch wesentlich auf res mancipi beschränkt. Diese Einschränkung darf nicht wunder nehmen, denn der Kreis der res mancipi, wie ihn uns Gaius (I, 120) beschreibt —

> «eo modo et serviles et liberae personae mancipantur; animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves, equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari».

cfr. auch Ulp. XIX, 1 — ist an sich ein grofser, zumal für eine Zeit der Ackerwirtschaft, bei der die «fahrende Habe» wesentlich nur in Arbeitsvieh und Sklaven besteht.

Und wenn sich einmal doch das Bedürfnis herausstellte, eine res nec mancipi in fiduciarischer Weise zu veräufsern, so blieb dafür als Reservemittel noch immer die in iure cessio.

Freilich schlug für die fiducia per in iure cessionem, die überhaupt praktisch kaum sonderlich viel Anklang gefunden haben wird, schon mit der Zeit eigentlich die Todesstunde, als man anfing, die nuda traditio als genügend zur Übertragung des Eigentums anzusehen. Denn nun konnte der Pfandgläubiger, der Mandatar die ihm anvertraute Sache, auch ohne Eigentümer geworden zu sein, als Stellvertreter verkaufen.

Schon Gaius (II, 19) und Ulpian (XIX, 7) erwähnen dies als geltendes Recht; letzterer sagt «traditio aeque propria est alienatio rerum nec mancipi».

Da Gaius trotzdem noch die in iure cessio als Entstehungsakt der fiducia erwähnt, so ist daraus zu schliefsen, dafs sie — wenn auch recht selten — doch noch vereinzelt bei res nec mancipi vorgekommen sein mag, und auch für die Verpfändung von res mancipi hatte jene doch immerhin die gleiche Bedeutung wie für die Veräufserung derselben, wo sie auch wenigstens ab und zu angewendet wurde.

(Gaius II, 25 plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur.)

Abzuwehren aber ist die Anschauung, wonach die res mancipi die alleinigen und ausschliefslichen Objekte der fiduciae datio gebildet haben sollen. Die fiducia, so lehrt man, sei bei res mancipi genau das gewesen, was die Verpfändung per pignus bei den res nec mancipi. So nimmt Rudorff[1]) eine Beschränkung auf Sklaven und Grundstücke, die bekanntlich die Hauptmasse der res mancipi bildeten, an. Auch Gradenwitz[2]) behauptet, dafs servi und fundi die beiden einzigen bekannten Anwendungsfälle der fiducia seien. Ferner stellt kein geringerer als Th. Mommsen[3]) die Hypothese auf, dafs die fiducia und pignus vielleicht Korrelate gebildet hätten und erstere dieselbe Stelle bei res mancipi eingenommen hätte wie das letztere bei den res nec mancipi.

Indes ist das zweifellos für die ältere Zeit nicht richtig; denn während nach unserer Theorie die fiducia zur Zeit der Zwölftafeln Geltung hatte, ist das pignus unzweifelhaft seiner dinglichen Seite nach erheblich jünger; die actio pigneraticia in rem hat sich bekanntlich erst sehr allmählich ausgebildet und das «Korrelat» der mancipatio fiduciaria kann damals erforderlichenfalls nur die in iure cessio fiduciaria ausgebildet haben.

Aber auch für das spätere Recht mufs Mommsens Ansicht, wenn ihr vielleicht auch die thatsächlichen Verhältnisse wesentlich entsprochen haben mögen, bestritten werden. Denn wenn es einerseits anzunehmen ist, dafs auch bei res mancipi bereits damals oft das pignus angewendet wurde — frei

---

1) Zeitschr. f. R.-Gesch. XI, 101 fg.
2) Zeitschr. d. Sav. Stift. VII, 46.
3) Zeitschr. d. Sav.-Stift. VI, 272 Anm. 1.

lich mit der Unbequemlichkeit für den Gläubiger, zunächst nur bonitarisches Eigentum übertragen zu können — so haben wir auf der andern Seite zum mindesten in den Quellen einen so gut wie sicheren Anwendungsfall der fiducia bei res nec mancipi für das Recht der klassischen Zeit — nämlich in der interpolierten l. 9 § 2 D. 33. 10 von Papinian. In diesem Fragment ist die Rede von zur fiducia gegebener supellex («argentum»), zweifellos einer res nec mancipi. Nur darf man nicht mit Geib[1]) aus dieser Stelle den Schlufs ziehen, dafs in derselben auch keine in iure cessio vorausgesetzt werde und daher in ihr ein neuer Beweis für die von ihm behauptete Verallgemeinerung der fiducia liege.

Auf der andern Seite ist es verfehlt, anzunehmen, auch res nec mancipi könnten durch mancipatio zur fiducia gegeben werden; so Büchel und Huschke[2]). Mit Recht haben sich dagegen erklärt Dernburg[3]) und Puchta[4]) unter Berufung auf Ulp. XIX, 3. In der That fehlt für diese exorbitante Behauptung jeder Grund.

Das spätere Recht hat nun aber neben dieser faktischen Einschränkung auch rechtlich den Kreis der Fiduciarobjekte verengert, indem es die Hingabe freier Menschen zur fiducia verbot und mit Strafe belegte.

Zu weit geht dagegen Gradenwitz[5]) mit seiner Behauptung, dafs die anderen Fälle der fiducia mit Ausnahme der fid. cum creditore in dem Zeitalter zwischen Julian und Ulpian abgekommen seien. Dafs sich in jener Periode der Sprachgebrauch «fiduciae causa mancipio dare» zum «fiduciae dare» abgeschliffen hat, wie Gradenwitz behauptet, ist für die Behauptung doch kein genügender Grund.

Eine besondere Ansicht hat schliefslich Huschke[6]) über die Objekte der fiducia aufgestellt. In allen Fällen, meint dieser gelehrte Autor, habe die fiduciae datio eigentlich nichts anderes als — die gesamte familia des Fiducianten zum Ge-

[1]) a. a. O.
[2]) Zeitschr. f. gesch. R.-W. XIV, S. 244.
[3]) Pfandrecht I, S. 9 No. 5.
[4]) Institutionen § 238.
[5]) a. a. O.
[6]) a. a. O. S. 242 fg.

genstande gehabt, selbst wofern ihr ein anderweitiges unmittelbares sachliches Objekt innegewohnt habe. Denn auch dann sei nicht diese Sache als solche, sondern nur als Glied der familia zur fiducia gegeben worden.

Als Beweis wird uns vorgetragen, dafs die fiducia nur bei mancipatio und in iure cessio möglich gewesen sei. Der Ausschlufs der traditio, die doch an sich sehr wohl der zur fiducia notwendigen lex dationi dicta Platz gegönnt habe, sei nur durch jene Beziehung auf die familia zu erklären. Die familia sei nämlich als solche eine res mancipi und aus diesem Grunde ergäbe sich ohne weiteres die Unanwendbarkeit der traditio.

Uns will diese Argumentation sehr wenig einleuchten. Ihr Hauptgrund fällt ins Wasser, wenn man die Unfähigkeit der traditio, als Grundlage des Fiduciargeschäftes zu dienen, aus den von uns angeführten Gründen herleitet. Und auch wer diese unsere Darlegung nicht teilt, wird vom Standpunkt der herrschenden Lehre viel plausiblere Gründe hierfür ins Feld führen können [1]) als Huschkes fernliegende Argumente. Huschkes Darlegung erscheint sogar ganz unmöglich, wenn man den wahren Entwicklungsgang ins Auge fafst: mit Peinlichkeit wurde im älteren Recht darauf geachtet, dafs immer nur eine einzelne Sache Mancipationsobjekt bildete, wie sich das mit Evidenz noch aus der bätischen Urkunde [2]) ergiebt. Erst das spätere Recht, wie es uns z. B. in Ulp. fragm. XIX, 6 überliefert ist, entschlug sich dieses strengen Erfordernisses der Einheit des Ojektes. Dafs aber die familia als solche eine einheitliche Sache gebildet und eine «res mancipi» gewesen sei, ist eine etwas mysteriöse Vorstellung Huschkes, die durch die Analogie des Erbrechts (testamentum per aes et libram) schwerlich genügend gerechtfertigt werden dürfte. Denn mit Recht hat schon Jhering die singuläre Natur des letzteren Aktes hervorgehoben. Die Einheit bei der Universalsuccession wohnt nicht objektiv dem Vermögen bezw. der familia selbst inne, sondern beruht subjektiv auf der Einheit

---

[1]) cf. oben — weil die fiducia keine iusta causa der Übereignung gebildet habe.

[2]) mancipia singula singulis sestertiis. Degenkolb S. 132.

in der Hand einer Person, die sich im Erbrecht für ihre Persönlichkeit selbst einen Successor setzt. Wie wenig dagegen bei Geschäften unter Lebenden und gerade im Pfandrecht die objektive Einheit des Vermögens von den Römern anerkannt wurde, zeigt die bekannte Thatsache, dafs sie Generalpfandrechte in der älteren Zeit gar nicht, und in der neueren nur in Gestalt solcher an einem Aggregat einzelner Sache, nicht am Vermögen als selbständiger Gröfse kannten.

Auch vermissen wir die «familia» in allen uns erhaltenen Aufzählungen der res mancipi, bei Gaius wie bei Ulpian.

Gegen die Huschkesche Auffassung hat sich auch Stintzing[1]) erklärt; vergleiche ferner auch v. Savigny[2]), der noch Stellen aufführt, welche die notwendige Einheit des Objektes bei der mancipatio darthun.

§ 17. Die einzelnen Fälle.

a) fiducia cum creditore.

Die Objekte des römischen Rechtsverkehrs, insonderheit der mancipatio, waren Personen (personae liberae) und Sachen (im weitesten Sinn); nach diesem Gegensatz scheidet man bekanntlich das Recht in Personen- bezw. Familienrecht und Vermögensrecht, je nachdem die rechtlichen Verhältnisse der Personen zu einander oder gegenüber den übrigen Dingen der Aufsenwelt in Frage stehen. Nach der bekannten — logisch freilich anfechtbaren — Theorie der res incorporales mufsten dabei die Forderungen den letzteren zugerechnet werden. Diese Scheidung kann auch bei der fiducia angewendet werden:

a) vermögensrechtliche fiducia,

b) familienrechtliche fiducia,

1) der am meisten erwähnte und zweifellos wichtigste Fall der fiducia ist schon nach den erhaltenen Berichten der Schriftsteller der der f i d u c i a c u m c r e d i t o r e. Ich übertrage meinem Gläubiger das Eigentum an einer mir gehörigen Sache zur Sicherheit für eine Forderung mit der Auflage, sie mir nach erfolgter Befriedigung zurückzuübertragen. Dies ist der allgemeinste Ausdruck der Pfandfiducia, wie sie unmittel-

---

1) Wesen der bona fides S. 21.

2) System IV, S. 135.

bar aus der lex mancipationis «fidei fiduciae causa» hervorgehen mochte, die aber zugleich laut des angehängten pactum der mannigfachsten Spezialbestimmungen fähig war, oder doch gewohnheitsrechtlich nach und nach fähig wurde. Da das römische Pfandrecht im engeren, eigentlichen Sinn sich erst ziemlich spät ausgebildet hat — über die genauere Entstehungszeit ist wohl das letzte Wort noch nicht gesprochen — so liegt die gewaltige praktische Bedeutung der Pfandfiducia für die ältere Zeit auf der Hand. Denn dafs auch ein gewerblich minder ausgebildetes, in den Anfangsstadien der Entwicklung stehendes Rechtsleben des Realkredites nie ganz entraten kann, das zeigt uns die Rechtsgeschichte fast aller Kulturvölker. Hat Rom doch auch lange vor den Anfängen der prätorischen Edikte den einseitigen Charakter einer Ackerstadt zu Gunsten eines Handelsplatzes bereits abgestreift — wir erinnern z. B. an den vielgenannten Handelsvertrag mit Carthago. Nimmermehr können wir uns mit der Ansicht befreunden, dafs das Rom der Samniter- und Punischen Kriege, der Vorort der ganzen Italia, ohne Pfandrecht jahrhundertelang habe auskommen können, oder dafs es das klassische Recht des Egoismus jahrhundertelang ertragen haben soll, für die Klagbarkeit dieses Geschäfts keine Form zu finden. Alles was wir oben für das hohe Alter der fiducia im allgemeinen gesagt haben, findet hier seine besondere Anwendung, und wenn die familienrechtliche fiducia vielleicht auch nicht oder nicht erheblich jünger sein mag als die pfandrechtliche, so ist noch weniger anzunehmen, dafs sich diese an jener erst auszubilden nötig hatte.

In frühester Zeit mochte der Gläubiger neben dem Pfandrecht noch andere, schneidigere Mittel zur Verfügung haben, um zu dem Seinigen zu kommen — die barbarische Strenge der alten Personalexekution, der drohende Verkauf seiner familia oder gar seiner Person in die Sklaverei, die Furcht vor dem «in partes secanto» der Zwölftafeln mochte ein genügender Grund für den Schuldner sein, statt sein Hab und Gut zu verschleudern oder dolos dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen, alle Hebel zu dessen Befriedigung in Bewegung zu setzen. Ihre gröfste Bedeutung wird die fiducia daher vermutlich erst zu der Zeit erlangt haben, als in Folge der de-

mokratisierenden, volksfreundlichen Gesetzgebung des 4. und 3. Jahrhunderts diese harten Folgen der Personalexekution milderen Mafsnahmen Platz machten (so durch die lex Poetelia).

Von nun an scheint die Pfandfiducia bis in die Zeit der klassischen Juristen hinein eine grofse Bedeutung im römischen Rechtsleben gehabt zu haben; ihre letzten bekannten Spuren reichen, — die letzten von der fiducia sogar überhaupt erhaltenen — bis ans Ende des 5. Jahrhunderts n. Chr.

Die Pfandfiducia setzt nun zu ihrer Entstehung voraus:

a) eine Forderung, für die sie bestellt wird,

b) ein geeignetes Objekt,

c) einen Entstehungsgrund.

Die Erfordernisse zu b) und c) sind bereits besprochen; was das letztere anlangt, so mufs betont werden, dafs daneben eine gesetzliche oder richterliche Entstehung der fiducia als ganz unmöglich erscheint. Dem widerspricht der ganze Habitus und Name des Institutes, welches auf einem Vertrauensakte des Mancipanten, also auf seiner ureigensten individuellen Willensaktion beruht. Und auch abgesehen davon lehrt uns die Geschichte des römischen Pfandrechtes, dafs jene Arten Produkte des späteren römischen Rechtslebens waren, denen die gewillkürte Pfandsatzung bedeutend vorausging; das richterliche Pfandrecht verdankt seine Entstehung dem Prätor (pignus praetorium), während das gesetzliche in fast allen seinen Formen aus der nachklassischen Kaiserzeit stammt und den Charakter einer blofsen Nachbildung des Vertragspfandes schon im Namen (pignus quod tacite contrahitur) trägt.

Was das letzte Erfordernis (a) betrifft, so ist für die fiducia wie für jedes Pfandrecht das Vorhandensein einer Forderung wesentlich. Jedoch ist ein aus dem Wesen der Sache fliefsender Gegensatz zum pignus nicht zu verkennen. Das Nichtbestehen einer Forderung hindert beim pignus das Existentwerden eines Rechts des Gläubigers überhaupt, während beim Fiduciargeschäft der von der Gültigkeit des Fiduciarvertrages unabhängige Eigentumsübergang vi ac potestate der mancipatio erfolgt. Daher ist das pactum fiduciae auch in solchem Falle keineswegs ungültig, vielmehr folgt im Gegenteil aus der

Treupflicht des Fiduciars, dafs er, sobald sich die Rechtsungiltigkeit der versicherten Forderung herausstellt, die Sache sofort zurückzugeben hat, widrigenfalls die actio fiduciae gegen ihn begründet ist. Diese Unabhängigkeit der actio fiduciae von dem Bestehen eines Forderungsrechts ergiebt sich ohne weiteres aus dem über den Bereich des Pfandrechtes hinausgehenden Charakter der fiducia überhaupt — die fiducia bleibt hier, auch ohne eigentliche Pfandfiducia zu werden, innerhalb dieses weiteren Rahmens bestehen.

Das daneben nach neueren Rechtsgrundsätzen die für eine ungültige Forderung zur fiducia gegebene Sache sine causa beim Fiduciar ist und daher kondiziert werden kann, liegt auf der Hand.

Es fragt sich nun, wie die zu versichernde Forderung beschaffen sein mufs. Genügt, wie beim pignus, eine Naturalobligation, ein bedingtes, oder noch im Entstehen begriffenes Forderungsrecht? Mit der Analogie des pignus ist hier wenig gethan, da sich dieses höchstens nach der fiducia, nicht aber letztere nach ihm ausgebildet haben mag.

In der That ist die Antwort auf diese Frage nicht ganz leicht zu geben, und nicht mit Unrecht scheint Degenkolb, wenn wir ihn recht verstehen, auch diese Frage zu den noch ungelösten zu rechnen.

Einen gewissen Aufschlufs giebt uns wenigstens die bätische Fiduciartafel — nach ihr sollen die betr. Pfandobjekte verpfändet sein wegen alles dessen, was Titius dem Baianius «dedit dederit credidit crediderit» u. s. w. (cfr. oben S. 15.)

Degenkolb[1]) zieht aus diesen Bestimmungen den Schlufs, dafs die Fiduciarbestellung auch für künftige Schulden zulässig sei; — was bei der hypotheca hiergegen spreche, treffe die fiducia nicht. In Fällen wie dem nach der bätischen Urkunde zu normierenden habe daher der Schuldner sein ganzes Leben hindurch keine Möglichkeit gehabt, die fiduzierten Sachen jemals zurückzufordern.

Dagegen bemerkt Krüger[2]), dafs eine solche Beschränkung der Rückforderung schwerlich anzunehmen sei — wahrschein-

---

[1]) a. a. O. S. 134.
[2]) a. a. O. S. 49.

lich habe gerade das fehlende Stück der Tafel über diese Frage Aufschlufs gegeben.

In der That hat Degenkolb seine weittragende Behauptung nicht bewiesen. Auch beim gewöhnlichen Pfandrecht war die Verpfändung für künftige Schulden zulässig, aber nicht für ganz beliebige, die möglicherweise irgend wann inter easdem personas entstehen konnten, sondern, wie Brinz[1]) gewifs mit Recht hervorhebt, nur für solche, die sich «innerhalb eines Kontraktes möglicherweise entwickeln können» (z. B. innerhalb eines Mandats-, Mietsvertrages), für die also der Grund bereits gelegt war. Es wäre geradezu ein Hohn auf die actio fiduciae, dieselbe einerseits aus dem Vertrage entstehen, in ihrer Entstehung aber so lange suspendiert bleiben zu lassen, so lange noch irgend eine entfernte Möglichkeit bestand, dafs der Verpfänder jemals Schuldner werden konnte. Das sollte der fides, dem bene agier oportere entsprechen, welche die charakteristischen Merkmale der obligatio fiduciae bildeten? Nimmermehr! Es bedarf wahrlich nicht einmal der Krügerschen Hypothese, um die Degenkolbsche Anschauung als haltlos zu erweisen — worauf sich «die künftigen Schulden» der Urkunde bezogen, ist klar: erstlich handelt es sich in derselben um ein Formular, welches gerade in möglichst weiter Ausführung alle die Arten von Schulden, für die möglicherweise Fiduziierungen am Platze waren, zu bezeichnen veranlafst sein konnte. Und dann mochte sich das «credidit crediderit» etc. auf ein festes, zwischen den betr. Parteien, für die jene Urkunde als Schema dienen sollte, bestehendes Rechtsverhältnis (Mandat etc.) beziehen, bei dem bekanntlich die einzelnen konkreten Posten der Forderungen erst successive entstehen, während freilich die actio mandati etc. schon von vornherein begründet ist. (Cfr. Savigny II, S. 134 fg.; Jhering Jahrbücher X S. 486; l. 17 D. mand. XVII, 1.) Hier liegt es nicht nur für den Sprachgebrauch sehr nahe, die Verpflichtungen als «künftige» zu bezeichnen, sondern auch manche Juristen, wie Puntschart[2]), bezeichnen

---

[1]) Pandekten, Aufl. I Bd. I, S. 294, 295. cf. Windscheid, Pandekten I S. 774 — «Obligationen mit unbestimmtem Leistungsinhalt». · Eine nähere Erörterung dieser Frage ist hier leider nicht möglich.

[2]) Fundament. Rechtsverh. d. röm. Pr.-R.

den allgemeinen Vertrag nur als lex, aus der sich erst besondere Obligationen entwickeln.

Ist die fiducia für «künftige» Forderungen zulässig, so wird man annehmen müssen, dafs sie in gleicher Weise auch zur Sicherung bedingter und betagter Forderungen am Platze gewesen sei, da bei diesen der eigentliche Grund der Forderung ebenfalls schon gelegt war. Ob dasselbe in Bezug auf Naturalobligationen zu sagen ist, läfst sich aus den Quellen nicht erweisen, jedoch scheint uns die gröfsere Wahrscheinlichkeit dafür zu sprechen. Ferner kann es wohl keinem Bedenken unterliegen, nicht nur für Geld, sondern auch für andere Forderungen die Sicherungen für fiducia als zulässig anzunehmen — dafür bürgt uns schon die allgemeine Natur des Institutes.

Es erübrigt nun noch, auf das Verhältnis zwischen fiducia und pignus einzugehen. Auch hierüber sind verschiedene Meinungen aufgestellt, die sich nach zwei Richtungen unterscheiden.

Die einen betrachten den Unterschied beider Rechtsinstitute als in der Zeit, die andern als in der Verschiedenheit der Anwendungsfälle liegend. Nach den einen ist die fiducia das älteste Pfandrecht, das in der späteren Zeit durch das pignus mehr und mehr abgelöst wurde; nach der andern verhält sich die fiducia zum pignus wie die res mancipi zu den nec mancipi, während beide zeitlich mehr oder weniger zusammenfallen.

Der ersteren Richtung gehören — ausdrücklich oder stillschweigend — die meisten Darstellungen an; betont wird sie u. a. von Salkowski[1]); ferner von v. Bassewitz S. 9 — «temporibus moribusque mutatis» sei das pignus zulässig geworden. Die fiducia habe vetustiorem originem als jenes — Beweis l. 238 D. L, 16. Wenig dazu stimmt freilich S. 27 «fiduciam una cum pignore fuisse introductam satis notum est.»

Die zweite Ansicht scheint namentlich Mommsen a. a. O. zu vertreten, wenn er den Parellelismus zwischen fiducia und pignus betont und ihre Verschiedenheit in die Objekte legt. So auch wohl Gradenwitz und Conradi S. 204 — denn

[1]) Institutionen § 91, II.

wenn die fiducia vor dem pignus praktische Merkmale voraus hatte, kann jenes keinen Fortschritt des neueren Rechts involvieren; der Wegfall der ersteren erklärt sich demnach nur aus dem späteren Wegfall ihrer Begründungsformen.

Bachofen S 4. versucht auf der einen Seite nachzuweisen, dafs die geschichtlichen Nachweise über das pignus ebensoweit zurückreichen als die über die fiducia. Seine Beweise scheinen uns indes als recht schwach. Denn die legis actio per pignoris capionem ist doch ein anomales Rechtsinstitut mehr publizistischer Natur, das mit der Anerkennung eines eigentlichen, gewillkürten Pfandrechts nicht das mindeste zu thun hat. Dafs «die Verpfändung des Besitzes durch Hingabe der Sache eine so natürliche Rechtshandlung sei, dafs ihre Übung schon für die älteste Zeit auch ohne bestimmtes Zeugnis niemals bezweifelt werden dürfte» (S. 5) mag vom wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet richtig sein; aber mit demselben Recht kann man aus einer solchen «naturrechtlichen» Deduktion heraus die Notwendigkeit des depositum als Rechtsinstitutes für die älteste Periode nachzuweisen unternehmen. Dafs auch schon in der frühesten Zeit Sachen zu Pfand hingegeben wurden, wollen wir daher nicht geradezu in Abrede stellen — aber ein Klagerecht des Gläubigers gegen Dritte kann daraus ebensowenig entstanden sein, als eine Einrede gegen die vindicatio des Eigentümers.

Was aber die von Bachofen in Bezug genommene Stelle aus dem latinischen Bündnis anbetrifft (— «si quis pignoris nanciscitur sibi habeto» — Festus s. v. nancitor), so wird man mit Huschke[1]) dabei in Ermangelung andrer Nachweise nur an eine Anknüpfung an die legis actio per pignoris capionem zu denken haben.

Auf der andern Seite meint Bachofen jedoch,[2]) dafs der Ursprung der actio Serviana in der Klage aus der fiducia zu suchen sei — folglich mufs die Klagbarkeit der letzteren doch älter gewesen sein. Deshalb, sagt Bachofen, sei die der vindicatio directa nachgebildete Pfandklage eine vindicatio utilis.

---

[1]) nexum S. 204.
[2]) S. 39.

Auch das scheint nicht genügend bewiesen. Dafs die actio hypothecaria als petitio bezeichnet wird, hatte wohl weniger in ihrem Charakter als Eigentumsklage, als darin seinen Grund, dafs sie auf Herstellung des Besitzes — der bekanntlich auch dem Pfandgläubiger zusteht — gerichtet ist.

Die l. 66 pr. D. XXI, 2, welche Bachofen anruft, spricht eher gegen als für seine Hypothese, denn sie betont doch, dafs die Pfandklage auf die nuda possessio geht, legt also das Schwergewicht auf einen ganz andern Punkt. Sagt doch ferner Papinian in l. 44 § 5 D. XLI, 3 ausdrücklich: «persecutio pignoris nulla societate dominii coniungitur.»

Der Grund, warum man auf diesem Wege der Fiktion einer gethätigten Fiducia die actio Serviana und quasi Serviana gebildet habe, liegt nach Bachofen in der Schwerfälligkeit jener. Wo es sich nun um eine Mehrheit von Gegenständen gehandelt habe, da sei eine mancipatio fiduciaria bei jedem einzelnen derselben notwendig gewesen, was begreiflicherweise zu vielen Unbequemlichkeiten geführt habe. Praktisch sei nun eine solche Mehrheit der Objekte zuerst bei der Pacht geworden; hier sei dann, auch ohne das die fiducia in Wahrheit geschlossen worden, die Servianische Klage aus blofs fingierter Fiduciierung aufgekommen (S. 40). Nachdem hiermit einmal das alte Prinzip durchbrochen, habe es nun in der Natur der Sache gelegen, auch in andern Fällen, wo früher wirklich eine fiducia geschlossen sei, dieselbe einfach als geschehen zu fingieren — auf dieser Erweiterung der Serviana actio beruhe die quasi Serviana.

Schliefslich habe man denn auch die Fiktion der fiducia aufgegeben; von Eigentum sei nun keine Rede mehr, und da nun die «Verbindung von pignus und fiducia überflüssig geworden», sei die fiducia mehr und mehr abgekommen, weil sie über das Ziel und die Bestimmung des Pfandrechts hinausgegangen sei (S. 78).

Wir können dieser ganzen Darstellung wenig Geschmack abgewinnen. Erstlich wäre es sonderbar, dafs die hypotheca, dieses schon seinem Namen nach fremde, aus griechischem Rechte übernommene Institut, sich aus einem so specifisch nationalen Gebilde, wie die fiducia, entwickelt haben soll.

Dann aber fällt diese Ausbildung der Serviana doch in eine nicht so sehr späte Zeit, und sonderbar, mehr als sonderbar, dafs die fiducia ohne irgend einen praktischen Nutzen sich daneben noch jahrhundertelang erhalten konnte.[1])

Unseres Erachtens liegt auch in dieser Frage, wie so oft, die Wahrheit in der Mitte. Allerdings ist die fiducia ein Produkt des älteren Rechts, und die Versuche, die selbständige, dingliche Klagbarkeit des pignus auf ein gleich hohes Alter hinaufzuschrauben, sind haltlos, schon deshalb, weil zu jener Zeit der Pfandgläubiger wegen der notwendigen mancipatio doch kein Eigentum hätte übertragen können. Es mufs eine Zeit gegeben haben, wo die fiducia die einzige Verpfändungsform bildete.

Aber mit dem Aufkommen des pignus und später der hypotheca verlor sich diese Alleinherrschaft. Nun bleibt aber die Thatsache bestehen, dafs sich die fiducia daneben noch viele Jahrhunderte lang erhielt, obwohl pignus und hypotheca entschieden als feinere und vollkommenere Formen des Realkredites angesehen werden müssen.

Wie erklärt sich das? Man mag dafür zunächst den konservativen Charakter des römischen Rechtslebens anführen, welches alte Institute aus einer Art Pietät beizubehalten pflegte, auch wenn sie ihren ursprüglichen Grund eingebüfst hatten. Aber um das aus der grofsen Zahl interpolierter Stellen bezeugte, massenhafte Vorkommen des Fiduciargeschäftes noch zur klassischen Zeit zu erklären, genügt dieser Grund nicht. Denn zwischen rechtlichem Beibehalten und praktischer Anwendung ist doch ein grofser Unterschied, wie uns die

---

[1]) Die Ansicht von dem hohen Alter des pignus ist auch sonst häufig vertreten worden, sie reicht zurück auf Jacobus Gothofredus (bei Otto thesaurus III); auch noch in unserem Jahrhundert hat sie grofse Verbreitung gefunden nach dem Vorgange von Löhr (Magazin III, 129) dagegen namentlich Büchel, Natur des Pfandrechts S. 129; Sintenis, Pfandrecht S. 196; Dernburg, Pfandrecht I, S. 45 N. 2. Auch Brinz (Pandekten I, § 80 S. 303) betont, dafs das Pfandrecht als ius in re aliena nicht vor dem Prätorischen Edikt habe entstehen können. Entscheidend ist, wie Dernburg treffend ausführt, die Institutionenstelle § 7, IV, 6, — nach ihr ist die actio hypothecaria erst ex ipsius praetoris iurisdictione eingeführt, und für das Faustpfand gilt dieselbe Klage, da der Unterschied beider Verpfändungsarten nur im Namen beruht — inter pignus et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest.

Geschichte der — der fiducia an ehrwürdigem Alter mindestens ebenbürtigen — in iure cessio bezeugt. Auch sie verschwand nach Gaius' Bericht mit dem Aufkommen der traditio faktisch von der Bildfläche, während sie de iure noch lange Zeit fortbestand.

Der wahre Grund scheint uns demnach in etwas anderem zu liegen — in den praktischen Vorteilen, welche die fiducia auch nach klassischem Recht vor dem pignus bot. Zwar wenn man in dieser Hinsicht geltend gemacht hat, dafs die fiducia durch ihre Publizität dem Kredit Stütze gewährt habe, so beweist das zuviel — denn danach bliebe das spätere Verschwinden der mancipatio und fiducia im Justinianischen Recht bei diesen durch sie gewährten Vorteilen unerklärlich. Eher mag in Betracht gekommen sein, dafs die Gefährdung des römischen Realkredites durch vorstehende Pfandrechte, Pfandprivilegien und gesetzliche Pfandrechte bei der fiducia ihrer Natur nach weniger ins Gewicht fallen konnte. Indes wird dieser angebliche Vorzug der fiducia doch teilweise problematisch, wenn man bedenkt, dafs an der fiduciierten Sache zwar nicht mehr neue Pfandrechte dieser Art begründet werden konnten, die einmal vorhandenen aber bestehen blieben, so dafs der Fiduciar doch sehr leicht um sein schönes Recht gebracht werden konnte.

Für den Schuldner bot die fiducia wenigstens den Vorteil, dafs er in Besitz und Nutzung der Sache bleiben konnte, was dem Begriff des pignus wenig entsprach.

Als das Entscheidende erscheint uns aber keiner dieser Gründe, sondern folgendes: schon oben ist angeführt worden, dafs die fiducia in der klassischen Zeit nur noch ausnahmsweise bei res nec mancipi vorkam. Die Qualität einer Sache als res mancipi bildete damals den wesentlichsten Bewegungsgrund, um statt eines pignus eine fiducia zu wählen. Denn auch noch damals war für diese Gegenstände die mancipatio die civile Übereignungsform, und bei nuda traditio mufste das dominium ex iure Quiritium erst durch usucapio erworben werden. Nun war dem Pfandgläubiger als Nichteigentümer beim Mangel der Stellvertretung diese Form der Veräufserung verschlossen, und die wenigsten Käufer mochten lange Zeit hindurch geneigt sein,

für den Erwerb des bonitarischen Eigentums ebensoviel zu zahlen, als für den des quiritischen. In dieser Unmöglichkeit der Stellvertretung bei der mancipatio lag also damals die Existenzberechtigung der fiducia, und je mehr das dominium ex iure Quiritium und mit ihr die mancipatio an Bedeutsamkeit verlor, mufste auch mit der fiducia das Gleiche der Fall sein. Das aber stimmt nur zu dem wirklichen Entwicklungsgang der letzteren, wie er sich aus der vorhandenen Litteratur feststellen läfst, und das Ende des dominium ex iure Quiritium bei Justinian entspricht der nachweislichen Ausmerzung der fiducia aus dem Corpus Iuris. Dafs das pignus in dieser Zeit bei res mancipi überhaupt unanwendbar gewesen sei, soll damit in keiner Weise behauptet werden — begnügte sich der Gläubiger mit jenem minus, so hatte die Rechtsordnung keine Veranlassung, dem ihre Anerkennung zu versagen. —

Diese Ausführung deckt sich im wesentlichen mit Rudorffs[1]) Ansicht, nach der die fiducia auf der mangelnden Stellvertretung beruht hat. «Ohne selbst Eigentümer zu sein, hätte der Gläubiger nach altem Recht nicht gültig mancipieren können.»

Der Unterschied von fiducia und pignus beruht daher auf einem zweifachen Moment: einesteils auf ihrem höheren Alter und andernteils auf den Eigentümlichkeiten der res mancipi.

Die Polemik gegen Bachofen hat uns schon auf das Verhältnis unseres Institutes zur hypotheca geführt und haben wir schon die Meinung ausgesprochen, dafs jedenfalls die Entstehung der hypotheca nichts oder doch nur wenig mit der fiducia zu thun habe. Im strikten Gegensatz dazu ist in früherer Zeit von Claud. Salmasius[2]) die Ansicht ausgesprochen, beide seien nicht nur verwandt, sondern sogar eigentlich nur ein und dasselbe Rechtsinstitut, nur bald römisch, bald griechisch bezeichnet. Dazu cfr. die Darstellung bei Zachariae.[3])

Wir müssen uns gegen diese Theorie noch viel ent-

---

[1]) Zeitschr. f. R.-G. XI, S. 101.

[2]) de modo usurarum S. 590.

[3]) a. a. O. S. 21 N. 62.

schiedener erklären, als gegen Bachofens weniger weitgehende Darstellung. Dagegen spricht der Name; das jahrhundertelange Nebeneinanderbestehen von fiducia und hypotheca, die z. B. von Ambrosius nebeneinandergestellt werden. Ferner ist bei der hypotheca nichts vom Übergange des Eigentums zu bemerken, der doch gerade zum Wesen des fiduciae datio gehörte; sie ist stets ein Pfandrecht, während die fiducia bekanntlich weit über dies specielle Rechtsgebiet hinausgeht.

Und schliefslich ist die hypotheca doch ursprünglich beim Gutsinventar aufgekommen, das grösstenteils aus res nec mancipi gebildet war; von einer Entstehung aus einem Formalakt ist bei ihr nicht die Rede.

Zugegeben mag werden, was namentlich auch Dernburg (a. a. O.) hervorhebt, dafs die fiducia auf die Art der Entwicklung der hypotheca einen gewissen Einflufs ausgeübt wird. Diesen Einflufs freilich im Einzelnen nachzuweisen, ist bei dem geringen Material ein überaus schwieriges Unterfangen, das auch nicht zum eigentlichen Gegenstande unserer Darstellung gehört.

§ 18. b) Die fiducia cum amico.

Der zweite wichtige Anwendungsfall des vermögensrechtlichen Fiduciargeschäftes ist die bei Gaius und Boëthius sogenannte «fiducia cum amico», die man nach jenen Berichten abschlofs «velut tempus dubium timens» — «quo tutius res nostrae apud eum sint». Mit diesen Angaben soll nun nicht, wie schon das velut beweist, die Fülle dieser Freundschaftsfiducia erschöpft sein. Denn aufser dem «tempus dubium» giebt es in der That noch zahllose andere Veranlassungen zu diesem Geschäft, und es mufs ihm namentlich für die republikanische Zeit eine geradezu immense Ausdehnung zugeschrieben werden. Diese Behauptung, für die uns direkte Quellenbeweise leider versagt sind, läfst sich doch mit ziemlicher Sicherheit aufstellen. Dafür sprechen zunächst die beiden eben gedachten Stellen, deren Thatbestand sehr entschieden an den des depositum anklingt; ferner die Stellung der actio fiduciae im Prätorischen Edikt und seinen Kom-

mentaren,[1]) wo sich die a. f. überall neben der actio depositi findet.

Freilich, zu einer Zeit, in der durch die Prätoren für die Thatbestände des depositum, mandatum, commodatum etc. längst besondere formulae ausgebildet waren, mag die Anwendung der fiducia zu derartigen Zwecken nicht allzuhäufig gewesen sein. Setzt sie doch, von allem andern abgesehen, einen Grad des Vertrauens voraus, das im Zeitalter des Niederganges des römischen Volkes wohl kaum allzuoft angebracht gewesen sein mag; sie kann ferner nur durch einen komplizierten Formalakt begründet werden, während der Abschlufs jener Geschäfte neueren Stils leicht und glatt formlos von statten ging. Daher erklärt sich denn auch die unter andern Umständen auffällige Schweigsamkeit unserer Quellen über diese Art der fiducia, und es ist wohl kaum Zufall, dafs Boëthius nur einen unseren Begriffen so fernliegenden Fall, wie die «tempore dubio» gethätigte Fiduziierung an einen «amicus potentior» zu ihrer Illustrierung heranzuziehen weifs.

Ganz im Gegensatz dazu mufs im früheren Recht der gröfste Teil jener ursprünglich rein wirtschaftlichen Geschäfte wie commodatum und depositum nur durch seine Unterstellung unter den Fiduciarbegriff die Fähigkeit erlangt haben, eine actio zu erzeugen.

Wir können als einzelne Fälle der fid. cum amico namentlich die folgenden anführen:

1. fiducia bei Deponierung einer Sache, wozu auch der bei Gaius und Boëthius berichtete Fall zu rechnen ist;
2. fiducia bei der Leihe, dem späteren commodatum;
3. fiducia bei der Sequestration;[2])
4. fiducia beim Mandat, um den Beauftragten zu befähigen, die ihm anvertraute Sache in unserem Interesse zu mancipieren oder in iure zu cedieren;[3])
5. fiducia beim Trödelvertrage zu dem gleichen Zwecke;
6. fiducia bei der Societät zu ähnlichen Zwecken;

---

[1]) cf. Lenel, Edictum Perpetuum S. 232 und Zeitschr. d. Sav.-Stift. III, S. 103; cf. auch den Ausdruck «pignus depositum» in l. 32 D. XII, 6, Paulus II 5, § 1.

[2]) cf. Huschke, Zeitschr. f. R.-G. XIV, S. 235.

[3]) cf. Sohm, Institutionen S. 35.

. fiducia im Prozefs;
. fiducia als Surrogat der Geschäftsbedingungen;
. fiducia bei Schenkungen auf Zeit.

Wichtigkeit und Dauer der einzelnen Fälle sind sehr verieden; der Fall zu 7. mag mit Aufkommen des Formularzesses verschwunden sein, da dieser im Gegensatz zum Legisionenverfahren im Princip Stellvertretung zuliefs.[1]) Die dern Fälle verloren einen Teil ihrer Anwendbarkeit durch Zulassung der traditio zur Übereignung von res nec mancipi, während sie bei res mancipi noch in der Kaiserzeit ab und zu in Übung sein mochten. Wenigstens vom mandatum per fiduciam handeln mehrere der interpolierten Stellen, wenn anders diese Interpolation überhaupt richtig ist (cfr. oben S. 26, 35, 46).

Jedenfalls mufs hier betont werden, dafs die bezüglichen Kontrakte und Klagen — mit Ausnahme derer ad 1—2, — sich keineswegs erst aus der fiducia entwickelt haben, sondern zeitweilig neben derselben bestanden haben müssen. Nicht um die betreffenden Kontrakte abzuschliefsen, sondern nur zur Erreichung einzelner möglicherweise damit verbundener Zwecke war hier fiduciarische Rechtsübertragung notwendig.

Anders bei dem depositum!

Hier darf behauptet werden, dafs es eine Zeit gab, und sie mufs mindestens bis auf Caesar gereicht haben, in der eine selbständige actio depositi und commodati nicht existierten, und in der daher depositum und commodatum, wenn sie überhaupt, abgesehen von der unzureichenden — man denke nur an dolus und Verschlechterungen — rei vindicatio eine Klage geben wollten, durch Eigentumsübertragung sub pacto fiduciae gethätigt werden mufsten.

Die actiones commodati und depositi haben sich daher aus der actio fiduciae entwickelt und finden in ihr eine gemeinsame Stammmutter.

---

[1]) cf. Puchta, Institutionen I, § 156; ferner das. II, S. 41 § 203. «Wenn ich nicht jemanden bevollmächtigen kann, dafs er für mich von Titius eine Sache sich mancipieren lasse, so kann er doch einerseits die Sache von Titius für mich erwerben, und mir sodann durch einen zweiten mancipatio übertragen.

Wir sind gefafst, mit dieser Behauptung auf Widerspruch zu stofsen. Und doch glauben wir ihre Richtigkeit ziemlich sicher nachweisen zu können!

Zwar dafs neben jenen Klagen die actio fiduciae — scil. bei Vorhandensein ihrer Voraussetzungen — Platz greifen konnte, ist allgemein anerkannt, z. B. von Dernburg[1]) und Huschke,[2]) dagegen will man den Ursprung wenigstens der actio depositi in den Zwölftafeln vorfinden und zwar auf Grund der oben besprochenen Stelle des Paulus «ex causa depositi» u. s. w. Auch die actio commodati soll sich nach der Meinung einiger Autoren eines höheren Alters erfreuen; schon von Qu. Mucius werde eine specielle auf sie bezügliche Frage sehr genau erörtert. Danach kann die actio fiduciae, zumal nach der Anschauung derjenigen, welche in ihr eine jüngere Schöpfung sehen, keinesfalls das Urbild jener Klagen, sondern höchstens eine ziemlich gleichartige Schwester derselben gewesen sein.

Jene Behauptung ist nun aber nicht erwiesen, ja sie kann direkt widerlegt werden.

Wenn wir uns dabei auf Cicero stützen, so liegt es nahe, uns den Vorwurf der Inkonsequenz zu machen — haben wir es doch oben (S. 117) bei einer andern Frage abgelehnt, auf die einzige Autorität jenes Schriftstellers hin eine Entscheidung zu gründen. Indes liegt die Sache hier doch wesentlich anders. Damals — in der Rede pro Flacco — handelte es sich um eine einzige mehr zufällige Bemerkung, während hier weit mehr in Betracht kommt:

1. in der Stelle de officiis III, 70 werden die iudicia bonae fidei aufgezählt und dabei Qu. Mucius Scaevola citiert. Dieser habe, erzählt Cicero, geltend gemacht, dafs der Name der bona fides ein weites Anwendungsgebiet habe (manare latissime) «idque versari in tutelis . . .»

Es folgt hierauf die Aufzählung der einzelnen bonae fidei actiones, unter denen sich die actio fiduciae, aber wohlgemerkt, weder die actio commodatii noch die actio depositi

[1]) Pfandrecht I, S. 10.

[2]) Zeitschr. f. R.-Gesch. XIV, S. 234 cf. jedoch § 18a.

vorfindet. Der ganze Charakter jener Stelle aber läfst mit der gröfsten Wahrscheinlichkeit darauf schliefsen, dafs es dabei auf eine vollständige, ausschliefsende Aufzählung der bonae fidei negotia abgesehen war. Scaevola wollte doch gerade darthun, wie weit der Name ex fide bona im Recht in Betracht komme, und eine ganz seltsame Unaufmerksamkeit wäre es gewesen, zwei so wichtige, alltägliche Klagen einfach zu ignorieren. Dafs er eine vollständige Darstellung geben wollte, zeigen auch die vorhergehenden Worte «in omnibus iis arbitriis». Cicero aber eignet sich diese ganze Ausführung offensichtlich vollkommen an.

2. in der Stelle pro Roscio Comoedo VI, 16 werden als die drei iudicia «summae existimationis et paene dicam capitis» aufgezählt die actiones fiduciae, tutelae, societatis. Es fehlt die, bekanntlich gleichfalls infamierende actio depositi — nicht minder freilich die a. mandati.
3. In der Stelle pro Caecina cap. III wird auf die infamierende Wirkung angespielt bei den actiones tutelae, societatis, mandati, fiduciae; von der a. depositi ist wieder keine Spur vorhanden.
4. Unter den «iudicia de mala fide» in der Stelle de natura deorum III, 30 finden wir wieder jene vier Klagen, während wir die actio depositi auch hier vermissen.

Eine solche konsequente Weglassung der actio depositi bei Aufzählung der infamierenden Klagen kann kein Zufall sein, zumal wenn man bedenkt, dafs gerade das depositum eine der häufigsten Erscheinungen des täglichen Lebens ist, bei dem der Treubruch durch Unterschlagung als ganz besondere perfidia erscheint. Dafs an der einen Stelle das Mandat fehlt, kann gegen die Vollständigkeit der Aufzählungen nicht geltend gemacht werden — denn gerade an jener Stelle sollen nur die drei besonders bedeutsamen actiones aufgezählt werden, und beim Mandat mochte vielleicht Veranlassung vorliegen, es gerade nicht in erster Linie aufzuführen, zumal damals noch ein grofser Teil der Fälle, in denen es mit Anvertrauung einer Sache verbunden war, mittels fiduciarischer Übereignung gethätigt werden mochte. Und dann kann eine einmalige Auslassung wohl erklärt werden —

eine bei allen in Betracht kommenden Stellen ausnahmslos wiederkehrende Vermeidung mufs aber zu denken geben.

Und doch würden wir unsere Behauptung nicht so entschieden aufstellen, wenn Cicero und sein Gewährsmann Mucius Scaevola wirklich die einzigen wären, welche sie stützen. Aber zwei uns erhaltene Gesetzesfragmente liefern uns weitere, bedeutsame Waffen:

a) die tabula Heracleensis
b) das fragmentum Atestinum.

Sie behandeln die Frage der Infamie und ihre weiteren Folgen (Ausschlufs aus dem Senat) in den italienischen Municipien; es lag danach die zwingendste Veranlassung vor, die Entstehungsgründe dieser Ehrenminderung genau und vollständig aufzuzählen, da für derartige Fragen die Heranziehung weiterer Fälle auf dem Wege der Analogie ganz unmöglich ist. Und auch hier fehlt die actio depositi!

Dafs die actio commodati damals noch nicht existierte, geht freilich aus den zuletzt angezogenen Stellen nicht ohne weiteres hervor; ihre nahe Verwandtschaft und gleichmäfsige Ausbildung mit der Depositalklage spricht aber mit grofser Wahrscheinlichkeit dafür, dafs sie nicht oder doch keinesfalls bedeutend älter gewesen ist als jene, und wenn man die erste Stelle von Cicero und Scaevola dazu rechnet, scheint uns auch hier unsere Behauptung zur Genüge erwiesen.

Man könnte einwerfen: die actio depositi habe ihre infamierende Wirkung erst in der Folgezeit erhalten. Aber das wäre doch eine sehr willkürliche Behauptung, deren grofse Unwahrscheinlichkeit sich schon daraus ergiebt, dafs jene sich auf eine vielfach besonders schwere Art der perfidia bezieht; man denke z. B. an den Fall des depositum miserabile, für den doch schon die Zwölftafeln eine poena dupli für angemessen hielten.

Die leges aber, deren Reste in den genannten Fragmenten erhalten sind, stammen bekanntlich aus Caesars Zeit, und so kann die selbständige Klagbarkeit zweier Kontrakte frühestens in den allerletzten Zeiten der Republik zu suchen sein.

Es müfste schon an sich wunder nehmen, wenn diesen u. E. entscheidenden Argumenten gegenüber die Gegengründe

der Gegner stichhaltig sein könnten. In der That aber fallen sie ohne weiteres in sich zusammen.

1) Was die Stelle aus Paulus anlangt, so hat schon Jhering[1]) mit gewohnter Energie dagegen geltend gemacht, dafs es doch mehr als sonderbar gewesen wäre, wenn der Prätor dem Deponenten in seinem Edikt weniger Sicherheit geboten hätte — nämlich nur mittels Klage in simplum — als das alte Civilrecht mit jener angeblichen actio in duplum — es wäre das eine seinem sonstigen Bestreben gerade entgegengesetzte Thätigkeit. Jhering hält dafür, das Zwölftafelgesetz habe in jenem Satz eine Strafandrohung gegeben für den Fall der Unterschlagung der zur Zeit der Not anvertrauten Sache; die betr. Klage sei also eine Deliktsklage, ein besonderer Fall der actio furti nec manifesti.

In der That glauben wir schon oben bewiesen zu haben, dafs nur jene Fälle unter die Gesetzbestimmung fallen, für die auch nachher der Prätor eine actio (depositi) in duplum verhiefs. Diese Fälle aber haben das Gemeinsame, dafs es sich bei ihnen kaum um einen eigentlichen Vertrag im Rechtssinn gehandelt haben kann. Uns scheint alles andere eher glaublich, als dafs das alte Civilrecht zu einer Zeit, in der die Klagbarkeit aller andern Real- und formlosen Verträge im übrigen auch nicht in den leisesten Zügen angedeutet, ja nur durch Ähnliches vorbereitet war, eine Kontraktsklage gegeben habe, soll aus einem Akt wie dem depositum naufragii, ruinae, incendii tempore. Lag es doch in der Natur dieses eiligen Aktes, dafs man den Nachbar wohl nur in den seltensten Fällen ausdrücklich um seine Einwilligung gefragt haben wird. Wenn die Flammen mein Haus ergreifen, so schaffe ich meine Habseligkeiten auf des Nachbars Grundstück, ohne erst lang und breit mit ihm zu verhandeln oder auch nur nachzusehen, ob er gerade zu Hause und von meinem Thun unterrichtet ist.

Für solche Fälle enthält die Annahme einer Kontraktsklage unleugbar selbst in einer Zeit, die stillschweigende Willenserklärungen anerkennt, fast etwas Seltsames. Noch mifslicher wird die Sache für die altrömische Zeit — eine Kon-

---

[1]) Schuldmoment im römischen Privatrecht S. 32.

traktsklage wäre abgesehen von dem Fall ausdrücklichen Einvernehmens der Beteiligten hier kaum denkbar, so dafs eine Haftung des Depositars in der weitaus gröfsten Mehrzahl der Fälle nach der Ansicht der Gegner überhaupt nicht eingetreten sein kann. Sollen wir nun aber den römischen Richtern zumuten, dem betrogenen Depositar mit seiner Klage gegen den Nachbar, der die in seinem Hofraum incendii tempore niedergelegten Gegenstände verheimlicht, einfach den Rechtsschutz versagt zu haben?

Uns erscheint die Jheringsche Ansicht nach Lage der Sache die einzig haltbare. Der Name depositum ist weit davon entfernt, etwas gegen sie zu beweisen, selbst unter der — immerhin nicht unzweifelhaften — Annahme, dafs die Zwölftafeln jenes Wort selbst angewendet haben. Denn dafs der Ausdruck depositum für einen faktischen Vorgang schon lange vor seiner rechtlichen Bedeutsamkeit üblich gewesen sein mufs, haben wir schon oft erwähnt; der Ausdruck kann danach auch nur in diesem faktischen, nicht im juristisch-technischen Sinn gebraucht sein. In diesem faktischen Thatbestande aber finden wir alle Kriterien des furtum (nec manifestum).

Nur so wird das Verhältnis zwischen der späteren actio depositi in simplum und in duplum klar — der Prätor fand jene Deliktsklage für den Thatbestand des depositum miserabile im alten Civilrecht und verschmolz sie mit der von ihm aufgestellten neuen Kontraktsklage, indem er ihre Wirkungen für diesen Thatbestand auf letztere übertrug.

Die hier vorgetragene Anschauung wird auch vertreten von Eisele[1]) — jene actio ex causa depositi habe nicht auf einem Kontrakt beruht, sondern sei eine Abart des furtum nec manifestum gewesen. Habe doch die betr. Bestimmung mit dem furtum in der Tafel VIII gestanden.

Ähnlich auch Ubbelohde[2]), der aber nicht das Delikt des

---

[1]) Exceptionen S. 141.

[2]) Gesch. d. ben. Realkontr. S. 61 fg.; cf. dazu auch Gradenwitz' Interpolationen in den Pandekten S. 81. Ob dies crimen perfidiae älter ist als die actio fiduciae und auch später noch neben ihr bestand, wie Ubbelohde annimmt, kann hier nicht weiter erörtert werden.

furtum, sondern ein besonderes crimen perfidiae in jener Bestimmung anerkannt sieht.

Voigt[3]) findet in ihr, wie wir sehen, die actio fiduciae enthalten — zwar eine ganz unhaltbare Auschauung, die wir aber hier zur Unterstützung heranziehen können. Auch er betont, dafs Cicero wohl kaum zufällig das depositum und commodatum in seinen Aufzählungen stets mit Stillschweigen übergangen habe.

Die gegenteilige Ansicht vertritt Bekker[4]) — eine genügende Begründung suchen wir jedoch bei ihm vergebens. Ciceros Aufzählung beruht nach ihm auf einem Versehen und vielleicht darauf, dafs die actio depositi damals wohl noch nicht infamierend gewirkt habe, auch noch nicht bonae fidei gewesen sei. Diese sehr gewagte Hypothese enthält, als Beweismittel verwendet, eine arge petitio principii.

2) Seine letztgedachten Gründe führt Bekker auch für ein höheres Alter der actio commodati ins Gefecht; hier sieht er aber als entscheidend an die Angabe des Qu. Mucius Scaevola in l. 5 § 3 D. comm. XIII, 6 — Ulp. l. 28 ad edict. Cfr. dazu auch Gradenwitz Interpolationen in den Pandekten S. 81.

> «Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Qu. Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data est, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.»

Es erscheint nun einigermafsen auffällig, dafs gerade derselbe Qu. Mucius, den wir oben in einer erschöpfenden Aufzählung der bonae fidei negotia die actio commodati und depositi weglassen sahen, sie hier so exakt besprochen haben soll. In der That steht aber durchaus nicht fest, dafs er in der von Ulpian angezogenen Stelle von der Kommodatsklage im technischen Sinne gehandelt haben mufs. Behaupten wir denn, dafs der unter diesem Namen schon damals sicherlich wohlbekannte Thatbestand des commodatum zur Zeit des

---

[3]) Ius naturale II, 541.

[4]) Aktionen I, S. 145.

Scaevola schutzlos gewesen sei? Wir meinen ja gerade, dafs alle diese Fälle, scil. soweit die Mancipationsform gewahrt war, damals unter dem schützenden Mantel der actio fiduciae Platz gefunden haben, und es ist sehr wohl denkbar, dafs Scaevola jenen Ausspruch in Anwendung auf die Klage aus der fiducia cum amico contracta gethan habe.[1])

Gegen Bekker spricht auch entschieden die l. 14 D. XLIII, 26, worin es mit Bezug auf den Thatbestand der Sache heifst:

«quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset.»

Wahrscheinlich hat vor Ausbildung der betr. besonderen Kontraktsklagen auch das interdictum de precario zum Schutz jener Thatbestände gedient, besonders in den Fällen, wo die actio fiduciae nicht angebracht war.

Ist diese unsere Theorie richtig, so ergiebt sich gerade aus der Stelle des Ulpian ein neuer Beleg für die dargethane Entwicklung: Wenn man eine ursprünglich für die Fiduciarklage gemachte Bemerkung des Scaevola später ohne Umstände auf die actio commodati bezog, so folgt daraus, dafs man jene als die berufene Nachfolgerin der alten actio fiduciae (cum amico) anzusehen gewohnt war.

Ferner spricht für diese Entwicklung die Thatsache, dafs der Prätor bekanntlich für die actiones commodati und depositi sowohl eine in factum als eine in ius konzipierte formula aufgestellt hatte. Denn da sie beide nicht auf alten civilrechtlichen Grundsätzen beruhen, so mufs an sich eine formula in ius concepta bei ihnen als grofse Singularität erscheinen, zumal sie unmöglich viel jünger als die in factum concepta gewesen sein kann, welche ihre Entstehung auch frühestens den letzten Jahren der Republik verdankt hat. Anders, wenn man ihren Ursprung in der — schon durch die Zwölftafeln begründeten — actio fiduciae sieht. Denn danach sind sie eigentlich nur ihrer Form nach noch prätorischen Ursprungs, während sie ihre materielle Bedeutung, ihren Stoff, im ius civile fanden; die Möglichkeit einer formula in ius liegt hier also mit Rücksicht auf das letztere Moment sehr nahe. Cfr.

---

[1]) Übereinstimmend M. Voigt, Zwölftafeln II, S. 480.

auch Cicero de officiis III 25: non semper deposita reddenda.

Übereinstimmend mit der hier gegebenen Darstellung sprechen sich auch aus Sohm [1]) —

> «An Stelle der mancipatio fiduciae causa trat eine Reihe von Realkontrakten, Kommodat, Depositum, Pignus;

und Arnold [2]), der die fiducia für die gemeinsame Mutter der späteren Realkontrakte hält, die sich später von ihr losgelöst hätten.

Im einzelnen ist hier noch zu erwähnen:

1) Wenn Jhering (Besitzwille, S. 409 N. 3) sagt, dafs es bei der fiducia cum amico nicht auf faktische, sondern auf rechtliche Sicherheit angekommen sei und die Meinung, man habe den faktischen Sicherheitszweck des Depositums in alter Zeit in Form der fiducia verfolgt, sich als «gänzlich thöricht» erweise, so stimmt diese Bemerkung, wofern wir sie richtig verstehen, mit dem Gesagten wesentlich überein; nicht das depositum als faktischer Akt, so führten wir aus, bedurfte der Fiduciarform, sondern nur zwecks Erzielung rechtlicher Sicherheit gegenüber dolosem Handeln des amicus war sie von nöten.

2) Besonders häufig mag eine Freundschaftsfiducia post mortem gewesen sein, über die uns mehrere Stellen berichten; [3]) — ich gebe jemandem eine Sache fiduciae causa mit der Auflage, sie meinem Erben zu remancipieren; ich mancipiere jemandem einen Sklaven mit der Verpflichtung, ihn nach meinem Tode freizulassen. Hierüber ist zu vergleichen namentlich l. 27 § 1. D. mand. XVII, 1. [4])

3) Unter den Begriff der fiducia cum amico wird man auch den in l. 42 pr. D. XXXIX, 6 [5]) behandelten Fall zu setzen haben. Wie nämlich Keller [6]) überzeugend nachgewiesen hat, ist in dieser Stelle gleichfalls eine ursprüngliche Be-

[1]) Institutionen S. 272.
[2]) Kultur und Recht d. Römer S. 170.
[3]) cf. auch Lenel edictum S. 232.
[4]) cf. oben S. 35.
[5]) cf oben S. 39.
[6]) Zeitschr. f. gesch. R.-Wiss. XII, S. 400.

ziehung auf die fiducia ziemlich sicher anzunehmen. Die Seia hat dem Titius ihr Vermögen übertragen unter dem Vorbehalt des Niefsbrauchs mit pactum fiduciae für den Fall, dafs Titius vor ihr aus dem Leben scheide, und einem weiteren für den anderen Fall, dafs sie späterhin zu Lebzeiten der Kinder des Titius verstürbe. Dieser Fall enthält offensichtlich eine Schenkung. Die näheren Einzelheiten gehören nicht hierher; cfr. darüber Keller a. a. O.[1])

§ 18a: Die Ansicht Heck's.

An dieser Stelle scheint am ehesten die allerneuestens von Heck[2]) über die fiducia cum amico vorgetragene, von den hergebrachten Anschauungen völlig abweichende Meinung behandelt werden zu müssen. Auch bei der s. g. «fiducia cum amico», nimmt Heck an, habe es sich um eine Verpfändung gehandelt; nur sei dabei nicht, wie gewöhnlich, die mancipatio an den Gläubiger erfolgt, sondern an einen Dritten — den amicus, Treuhänder.

«Bei der fiducia cum creditore war das Pfand in hohem Grade gefährdet durch die absolute Verfügungsgewalt des Gläubigers. Den schärfsten Gegensatz bildet für die fiducia cum amico die Sicherung des Pfandes gegen solche Gefahren, so dafs zu tutius zu ergänzen sein würde «quam apud creditorem».

Als Gründe giebt unser Autor folgendes an:

Auffällig sei die seltene Erwähnung der «fiducia cum amico», welche sich nur einmal bei Gaius und aufserdem bei Boëthius vorfinde, der offensichtlich Gaius abgeschrieben habe, auch für juristische Fragen keine Autorität beanspruchen könne. Die Stelle bei Gaius aber laute in der ursprünglichen Lesart nicht ... quo ... tutius sint, sondern quod ... tutius essent, so dafs in diesen Worten nicht, wie die herrschende Lehre wolle, die den Gegensatz zu «pignoris iure» bildende Zweckbestimmung angegeben sei. Auch aus den angeblich interpolierten Stellen liefse sich nichts für die

---

[1]) Schweppe, Röm. R.-G. § 279 bezeichnet noch als möglichen Fall der fiducia, dafs jemand eine Sache wirklich verkauft mit pactum fiduciae auf retrovenditio.

[2]) Zeitschr. d. Sav.-Stift. X, 84 fg.

fiducia cum amico der herrschenden Lehre herauslesen; denn keine einzige liefere, wie Heck im einzelnen nachzuweisen unternimmt, ein sicheres Resultat; soweit Interpolationen anzunehmen seien, könnten sich dieselben stets auf andere Rechtsinstitute bezogen haben. Dafs Julian im 13. Buch seines Ediktskommentars nur die fiducia und nicht auch das mandatum behandelt habe, wie Lenel behaupte, sei nichts weniger als sicher erweislich.

Auch habe das klassische Recht der fiducia in dieser Anwendung gar nicht benötigt, da es bereits für alle jene angeblich durch Freundschaftsfiducia zu sichernden Verhältnisse eigene Klagen ausgebildet habe.

Stelle doch Modestin in Coll. II, 2 § 2 fiducia und depositum geradezu in Gegensatz.

Die andern, insonderheit familienrechtlichen Fälle der fiducia dürften nicht als Beweis für die Ausdehnung des Institutes über den Rahmen des Pfandzwecks hinaus angesehen werden, da sie, wie auch die fiduciarische Erbeinsetzung, keine actio fiduciae erzeugt hätten und das Wort «fiducia» überhaupt wohl nur in einem weiteren, untechnischen Sinn in sich enthielten.

Als weiteren Grund führt Heck dann noch die «auffallende» Thatsache an, dafs, die verschiedenartige Natur der Fiduciargeschäfte als bewiesen angenommen, dieses ausschlaggebende Moment nirgends hervorträte.

Schliefslich will er Fälle der von ihm behaupteten Art auch in den Quellen anerkannt finden — in den stark korrumpierten leges 34 und 39 D. de pign. act. XIII, 7, wie nicht minder die Wortfassung der bätischen Urkunde — insonderlich die Auslassung des Namens des Gläubigers in dem Satze «quantum» etc. — darauf hindeute, dafs jenes Formular damit die Möglichkeit habe offen lassen wollen, nicht nur Verpfändungen an den Gläubiger selbst, sondern auch mancipationes an den amicus nach ihm zu formulieren.

Diese «amici» sind nach Heck wahrscheinlich argentarii gewesen, welche sich gewerbsmäfsig mit der Annahme und Aufbewahrung solcher zu Pfandzwecken dienenden Sachen befafst hätten.

Wir glauben kaum, dafs diese, zwar keineswegs unge-

schickte, Hypothese die herrschende Meinung zu beseitigen geeignet ist. Wer so fest im Sattel sitzt, wie sie, der bedarf eines ganz anderen Anstofses, viel wuchtigerer Schläge, um niedergeworfen zu werden. Hecks Darstellung bewegt sich aber zumeist in Hypothesen.

Wir sind zunächst sehr wohl geneigt, die Möglichkeit solcher Fälle, wie sie Heck konstruiert, zuzugeben, wenn sie uns auch zu kompliziert dünken, um sich im römischen Altertum mit seinen inhaltlich einfachen, klaren Geschäftsformen viel Freunde verschafft zu haben. Dafs freilich in der bätischen Urkunde ein Hinweis darauf liege, ist von Heck nicht ausreichend glaubhaft gemacht; das Weglassen des Namens des Gläubigers in dem einen Satz derselben kann nicht wunder nehmen bei einem Schema, das auch sonst recht liederlich redigiert war und für libripens und antestatus gleichfalls keine Namen angab. Ferner liegt die Möglichkeit bei der Lückenhaftigkeit unseres Fragmentes sehr nahe, dafs in diesem Satze das Subjekt ursprünglich gestanden hat und uns nur nicht überkommen ist.

Entscheidend gegen Heck spricht aber ein anderes Moment: L. Titius, so meint er, ist Gläubiger und läfst die Pfandsache möglicherweise einem andern (amicus) fiduciae causa dare. Sollte das Formular nun aber für diese Alternative Raum lassen, so mufste auch der ganze Inhalt entsprechend weit gefafst werden. Letzteres ist aber nicht der Fall: es ist nur eine Mancipation an Dama, Sklaven des Gläubigers Titius, erwähnt (Dama . . . . . fidi fiduciae causa accepit); dafs die Hingabe auch an einen Dritten habe erfolgen können, ist dagegen mit keinem Worte angedeutet.

Auch die beiden Pandektenstellen brauchen keineswegs in der Heckschen Richtung gedeutet zu werden. Dafs die Stellen, ganz abgesehen von der Interpolation, verdorben sind, giebt auch er zu; ja nach seiner Deutung reicht diese Korruption ungleich weiter als nach derjenigen der herrschenden Ansicht. Ist Titius Treuhänder und nicht selbst creditor, so wird das «Titius cum credidisset» ganz unsinnig, während wir durch die einfache Umstellung der Worte Titius und cum, sowie durch Einschiebung des einzigen Wortes «debitor» hinter «a creditore» (so auch Mommsen) der Stelle einen

befriedigenden Sinn abgewinnen. Letzteres wird zwar von Heck geleugnet: es handelt sich dann, meint er, um einen Verkauf der fiduciierten Sache an den creditor fiduciarius, der nach Paulus' Sentenzen bekanntlich unstatthaft ist. Wir müssen das bestreiten: ein eigentlicher Kauf der Sache, der freilich zwar nicht verboten, aber wegen des schon früher erfolgten Eigentumsüberganges an den creditor juristisch unmöglich ist, liegt hier gar nicht vor, sondern nur ein Verzicht des Schuldners auf seinen Fiduciaranspruch.

Freilich ist der Verzicht entgeltlich — aber weshalb sollte eine entgeltliche Aufgabe des Rechtes minder zulässig sein, als der in l. 25 D. h. t. unbefangen anerkannte unentgeltliche Verzicht des Fiducianten auf sein Recht? Cfr. darüber unten des näheren.

Ebensowenig kann l. 39 die behauptete Bedeutung beigemessen werden. Hier erregt nur der Name «quem de Lucio Titio emi» — statt de Gaio Seio — Bedenken. Indes erklärt sich das relativ leicht durch einen anzunehmenden, verzeihlichen Lapsus des Modestin oder durch einen Fehler der Abschreiber. Mufs doch auch Heck anerkennen, dafs die Basiliken wie die Glosse übereinstimmend hierfür sprechen. Dafs Seius nachher nochmals besonders als debitor («qui fuit debitor») aufgeführt wird, spricht nicht dagegen — es soll auf diese seine Qualität eben noch mit besonderem Nachdruck hingewiesen werden.

Dafs die interpolierten, angeblich auf die fiducia cum amico zu beziehenden Stellen zum Teil hinsichtlich dieser Beziehung Zweifeln Raum geben, mag unserem Gegner zugestanden werden. Aber die grofse Wahrscheinlichkeit spricht doch bei unbefangener Prüfung derselben meistens gegen ihn. Die Zahl der Stellen ist zu grofs, als dafs Hecks Position durch Wegschaffung einzelner von ihnen gerettet würde.

Doch wollen wir zugeben, dafs diese Citate für uns nicht entscheidend ins Gewicht fallen, da sie zwar unter Voraussetzung einer fiducia cum amico unter dieselbe fallen, ihr Vorhandensein aber nicht direkt selbst beweisen. Wir können ihrer aber zum Glück entraten.

Die andern Fälle der fiducia darf Heck nicht für sich

anführen. Dafs das Wort fiducia auch einen weiteren Sinn als den technischen gehabt hat, ist niemandem zu bestreiten eingefallen; wir wenigstens rechnen jene «Fälle», wie der § 19 ergeben wird, nur teilweise zur eigentlichen fiducia – auch im übrigen stehen sie sozusagen auf der Grenze. Inwieweit die Frau gegen ihren tutor fiduciarius einen Anspruch auf manumissio gehabt habe, läfst sich beim Mangel der Quellen nicht kontrollieren; unmöglich ist das indes nicht.

Keinen Augenblick stehen wir zum mindesten an, dem parens, der sein Kind zwecks emancipatio einem andern sub pacto fiduciae mancipiert hat, eine actio fiduciae auf Erfüllung — wenigstens nach dem Recht der actio fiduciae in factum concepta — zuzuschreiben. Und ferner, dafs die noxae deditio mittels fiduciae datio gethätigt wurde, gesteht auch Heck zu — das ist nach ihm zwar eine «pfandartige» Hingabe; als eigentliches Pfandrecht aber darf das Verhältnis schon mangels einer daneben bestehenden Forderung des Fiduciars niemals aufgefafst werden. Es giebt also zweifellos klagbare Fälle aufserpfandrechtlicher fiducia, die wir zum Teil noch näher zu behandeln haben.

Die Behauptung Hecks, die fiducia cum amico habe nicht zur Ausfüllung einer Lücke im Recht zu dienen brauchen, stimmt für die klassische Zeit einigermafsen; falsch, grundfalsch aber ist sie für das ältere republikanische Recht. Wir hoffen entschieden, das schon durch unsere bisherigen Ausführungen bewiesen zu haben.

Aus demselben Grunde ergiebt sich die relativ seltene Erwähnung der Freundschaftsfiducia im klassischen Recht, die bei Modestin gethätigte Gegenüberstellung von fiducia und depositum. Damals war die fiducia cum amico im Absterben begriffen, vom depositum, commodatum etc. verdrängt. Hätten wir ausführlicheres Material aus älterer Zeit, so würde sich das Ergebnis ganz anders gestalten!

Die Gaius-Stelle ist übrigens trotz der von Heck angeführten Veränderung des Textes für seine Hypothese ein Stein des Anstofses. Die Worte creditor und debitor sind stets nur auf den Fall der fiducia cum creditore angewendet, während nach Hecks Meinung ständig ein creditor und debitor zum Fiduciargeschäft gehören. Das «pignoris iure» steht

— offenbar zur näheren Erläuterung — hinter dem «aut cum creditore» — geschähe jede fiducia zu Verpfändungszwecken, so müfsten diese Worte korrekter gleich hinter fiducia folgen (sed cum fiducia pignoris iure contrahitur aut cum creditore aut cum amico) und verlören, nur zur Begriffsbestimmung eines Falles, der in diesem Punkte gar nicht seine Eigentümlichkeiten findet, verwandt, jegliche innere Berechtigung. Ob es quod . . . essent oder quo . . . sint geheifsen hat, bleibt sich gleich — immer dienen diese Worte, sei es zur Bezeichnung des Zweckes, sei es zu der des Bestimmungsgrundes (Motivs) der Freundschaftsfiducia, die für diesen Fall den für die fiducia cum creditore verwendeten Worten «pignoris iure» entsprechen.

Was der Sicherungszweck bei der einen, das bedeutet der Pfandzweck bei der andern; dafs es «pignoris iure» und nicht korrekter «pignoris causa» heifst, ist eine kleine Ungenauigkeit, die nicht allzu schwer in die Wagschale fallen sollte.

Und woher erklärt Heck die praktische Verschiedenheit beider Fälle in Ansehung der Zeit der usureceptio? Weil der Gläubiger in jenem Fall gesichert sei durch die persönliche Haftbarkeit des amicus! Sehr schön — aber woher stammt diese Haftbarkeit? — sie setzt einen neuen Vertrag des amicus mit dem creditor voraus, über dessen Abschlufs und Natur wir bei unserem Gegner vergebens Auskunft suchen. Jedenfalls würde ein solcher neuer Vertrag das gesamte Geschäft in beispielloser Weise komplizieren — ein Umstand, der, mit der Entstehung desselben in grauer Vorzeit zusammengehalten, erheblich gegen die neue Lehre spricht. Der Vorteil des Schuldners ferner, den Heck in einem derartigen Geschäfte sucht, ist recht problematischer Natur — statt dafs man bei der gewöhnlichen fiducia nur die Unredlichkeit eines Mannes zu fürchten hatte, waren hier creditor und amicus mehr oder minder gleichmäfsig in der Lage, den Schuldner um sein Recht zu bringen!

Man sage nicht, dafs der «amicus» als guter Freund dazu nimmer seine Hand geboten haben würde — handelt es sich doch gerade nach Heck gar nicht um einen «Freund», sondern um einen argentarius, Bankier oder dergl. Warum sollte

diesem ohne weiteres gröfsere Sorgfalt zugetraut werden dürfen als dem creditor?

Seltsam wäre es fürwahr auch, einen beliebigen argentarius technisch als «amicus» zu bezeichnen — wir haben zwar wohl gehört, dafs in Studentenliedern der «Manichäer» als «vielgeliebter Mann» bezeichnet wird, aber niemals, dafs solche Ausdrücke in den Rechtsverkehr technisch aufgenommen wären.

Den entscheidendsten Punkt aber haben wir uns bis zuletzt aufgespart: wie soll der Gläubiger zu seinem Gelde kommen, wenn nicht gutwillig gezahlt wird? Eigentümer ist nicht er, sondern der amicus, auch hat er kein weiteres ius in re, auf Grund dessen er verkaufen könnte — es fehlt ihm danach jede Veräufserungsmacht. Heck behauptet zwar trotzdem (S. 98), dafs nicht dem amicus, sondern dem creditor der Verkauf zugestanden habe — es fehlt aber auch hier der dringend erforderliche Nachweis über die juristische Konstruktion dieses Verhältnisses. Man darf auch nicht einwerfen, dafs der creditor zwecks Verkaufs sich die Sache vom amicus habe remancipieren lassen können — hätte ihm dazu so ohne weiteres ein Recht zugestanden, so wäre jeder Vorteil, den die fiducia cum amico für den Schuldner etwa noch bot, illusorisch geworden.

Nach alledem glauben wir mit gutem Gewissen unsere Theorie von der fiducia gegenüber Heck aufrechterhalten zu können.

§ 19: c) Die andern Fälle der fiducia.

Die übrigen Fälle der fiducia haben für uns ein weit geringeres Interesse. Im Gebiet des Vermögensrechtes soll angeblich noch hierher gehören:

1) fiduciae datio der eigenen Person an den Gläubiger. Diese Meinung ist von einigen Älteren aufgestellt und wird noch in neuerer Zeit vertreten in den Dissertationen von Zachariae[1]) und v. Bassewitz.[2]) Mehr oder

---

[1]) S. 13.
[2]) S. 4.

weniger ausdrücklich wird dabei an das alte nexum angeknüpft. Der Schuldner habe sich durch das nexum zum Schuldknecht machen lassen und dabei zugleich ein pactum fiduciae geschlossen.

Dagegen hat sich schon mit Recht Huschke[1]) erklärt, er warnt vor einer solchen Verwechselung mit dem nexum, deren Unrichtigkeit sich schon durch die bonae fidei-Qualität der fiducia ergäbe. Auch setze eine fiduciae datio doch immer ein unterschiedenes Objekt voraus.

Näher diese Frage zu besprechen, verbietet uns hier unser Zweck — das würde ein näheres Eingehen auf das Recht des nexum voraussetzen. Jedenfalls war doch in einem solchen Fall eine actio fiduciae undenkbar; von einem Anspruch auf nachherige remancipatio oder dergleichen konnte nicht die Rede sein.

2. Ebensowenig kann hier ex professo auf die Ansicht eingegangen werden, wonach das altrömische Institut der Prädiatur mit der fiducia in Verbindung steht; eine Ansicht, die schon mehrfach, namentlich von Huschke, Bachofen[2]) und Dernburg[3]) u. E. hinreichend bekämpft worden ist; zu ihren neuesten Verfechtern gehört namentlich Stintzing[4]), neuestens auch Schulin[5]) — ohne nähere Begründung. Bei Dernburg vergleiche man die weiteren Litteraturangaben.

Entscheidend dünkt uns, dafs die Prädiatur ein publizistisches Verhältnis ist, zu dem man derartige privatrechtliche Akte wie die fiducia nicht bedarf. Ferner spricht die Darstellung von Gaius (II, § 61) gegen jenen behaupteten Zusammenhang, indem dort die remancipatio ex praediatura als besonderer Fall der remancipatio fiduciae angeschlossen wird. Ferner hätte Gaius andernfalls richtiger statt rem obligatam «fiduciatam» sagen müssen und hätte ferner nicht den Verpfänder als dominus bezeichnen können. Auch erscheint eine actio fiduciae gegen das Volk kaum als denkbar.

---

[1]) Zeitschr. f. gesch. R.-Wiss. XIV, S. 232.
[2]) a. a. O. S. 268.
[3]) a. a. O. S. 33.
[4]) Wesen der bona fides S. 22.
[5]) Gesch. d. Röm. Rechts S. 428.

3) Auch die fiducia testamentaria läfst sich u. E. zur fiducia im technischen Sinne nicht rechnen. Allerdings hat diese Art der Testamentserrichtung nach der Gaianischen Darstellung (II, 102) mit der fiducia grofse Ähnlichkeit; er berichtet uns über das testamentum per aes et libram:

»is si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet.»

Diese Testamentsform — deren Bedeutung sich übrigens später bekanntlich dahin abschwächte, dafs die Stellung des familiae emtor nur eine formale blieb und ein anderer zum wahren Erben eingesetzt wurde (Gaius II, 103), ist nun unleugbar nach Entstehungsart und Verpflichtung ein der fiuducia wesentliches gleiches Institut: mancipatio hier wie dort; in beiden Fällen interimistischer Rechtserwerb seitens einer Person, deren Treupflicht es aber entsprach, die übereigneten Sachen bezw. einen Teil derselben an andere herauszugeben. Man mufs das testamentum per aes et libram zu den, wenn dieser Ausdruck statthaft erscheint, fiduciarischen Geschäften im weiteren Sinne rechnen.

Aber dafs jene Testamentsform von den Römern nicht zur eigentlichen fiducia gezählt wurde, geht aus ihrer verschiedenen Stellung in dem doch sonst recht gut geordneten System des Gaius mit grofser Wahrscheinlichkeit hervor. Weder bei ihm noch bei Ulpian finden wir ferner den terminus «fiducia» auf sie angewendet, noch bei Aufzählung der Arten der fiducia ihrer gedacht.

Und mit Recht! Denn die eigentümlichen Wirkungen der fiducia, die actio und usureceptio fiduciae, können hier nicht zur Anwendung kommen. Der Testator war ja tot, und die Bedachten konnten nicht geltend machen, dafs sie mit ihm einen Fiduciarvertrag abgeschlossen hatten; sie waren auch keine Repräsentanten des Erblassers. Wie sie ihr Recht geltend machten, gehört nicht hierher.[1])

Nun ist allerdings behauptet worden, auch aus diesem Testament habe eine actio fiduciae entspringen können, und zwar für den Testator, der, wenn er wieder zur Gesundheit

---

[1]) Übereinstimmend Arnold a. a. O. S. 424.

gekommen sei, durch dies Mittel seine mancipierte familia aus dem Nexus habe lösen müssen. Allein wir müssen dem widersprechen. Testament per aes et libram und eigentliche mancipatio wegen der äufseren Gleichheit des Aktes nun auch ganz und gar über einem Leisten zu schlagen, scheint uns ein gefährliches und ungesundes Unterfangen, vor dem schon Jhering[1]) mit Recht gewarnt hat. Zeigt sich doch schon äufserlich der grofse Unterschied, dafs sich die mancipatio im engeren Sinne nur auf eine einzelne Sache beziehen konnte, während es sich hier um die ganze familia handelte. Der Gegensatz ergiebt sich ferner schon formell durch die verschiedene, beim Testament sehr erheblich erweiterte Bedeutung der nuncupatio, und verbis expressis enthielt sie in diesem Fall die Beschränkung ihrer Wirksamkeit auf die Zeit post mortem des Erblassers. Hätte daher der familiae emtor schon vor dieser Zeit die familia in Besitz zu nehmen gewagt, so würde er selbst gegen den direkten Wortlaut der Verhandlung verstofsen haben.

Bassewitz,[2]) der die gegenteilige Ansicht vertritt, betont, dafs freilich nicht das Testament ohne weiteres eine Fiduciarberedung in sich enthalten habe, die Hinzufügung einer solchen aber notwendig gewesen sei, um die etwaige Widerruflichkeit des Testamentes zu wahren, da das test. per mancipationem seiner Natur nach unwiderruflich gewesen sei.

Indes mufs diese Behauptung bezweifelt werden — wurde der familiae emtor nicht durch die Mancipation, sondern erst durch den Tod des Erblassers Eigentümer, so fällt der Hauptgrund für die Unwiderruflichkeit fort, die übrigens dem in Rom allgemein anerkannten Grundsatz von der Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen widersprechen würde. Gaius (II, 144) bespricht diese Widerruflichkeit mit der gröfsten Unbefangenheit, ohne die von ihm geschilderte und zu seiner Zeit noch praktische Form des Mancipationstestamentes auszunehmen.

4) Dagegen können wir mit mehr Recht zur fiducia im engeren Recht verschiedene Fälle aus dem Gebiete des Familienrechtes rechnen — emancipatio und coemtio.

---

[2]) Geist II a. a. O.

[3]) a. a. O. S. 23.

Die emancipatio wurde bekanntlich in der älteren römischen Zeit in der Art gethätigt, dafs jemand einem anderen seinen Sohn dreimal — bezw. seine Tochter oder Enkel einmal — mancipierte,[1]) wodurch mit der letzten mancipatio die potestas des Vaters erlosch. (Gaius I, 123.) Der andere konnte dann entweder selbst den Sohn manumittieren oder, falls der parens des Rechts des quasipatronus teilhaftig werden sollte, ihn dem letzteren remancipieren, damit er ihn dann seinerseits definitiv freiliefse.

Auf welche Weise sich der Vater der zu diesen Akten notwendigen Teilnahme jenes anderen versichern konnte, ist uns in den Quellen nicht direkt berichtet; es wird das aber kaum in etwas anderem, als dem pactum fiduciae auf remancipatio bestanden haben.

Zwar bei der ersten und zweiten mancipatio benötigte man eines derartigen pactum um deswillen nicht so unbedingt, weil der filius auch ohne dasselbe nach einem gewissen Zeitraum ipso iure an den parens zurückfiel, doch stehen wir nicht an, ein solches auch hier wenigstens als möglich anzunehmen, schon um die Zeitdauer des ganzen komplizierten Aktes thunlichst zu verkürzen.

Wichtiger war die Beifügung der Fiduciarklausel bei der dritten — bei Töchtern und Enkeln der einzigen — Mancipation, da man dadurch die rechtliche Handhabe gewinnen mufste, um den mancipio accipiens zur manumissio oder der — jetzt nicht mehr durch ipso iure erfolgenden Rückfall ergänzten — remancipatio zu erzwingen.

Übereinstimmend äufsern sich über diesen Punkt Zachariae,[2]) Bassewitz[3]) und Huschke[4]).

Direkte Quellenstellen sind uns darüber zwar nur sehr spärlich erhalten; wir können aber die Anwendung des Wortes fiducia auf diese Fälle schon daraus entnehmen, dafs jemand, der einen ihm mancipierten filius in dieser Weise freiliefs, dessen tutor fiduciarius wurde.

---

[1]) cf. auch Arnold a. a. O. S. 379.

[2]) S. 10.

[3]) S. 21.

[4]) S. 237.

Gaius I, 166:

fiduciariae tutelae . . . ., quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemtionatore manumiserimus.

Ulpianus XI, 5:

qui liberum caput, mancipatum sibi vel a parente vel a coemtionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur.

Gaius spricht ferner I, 172 ganz direkt von «ea lege mancipio dare, ut sibi remanciparetur».

Tutor fiduciarius wurde aber nur der auf Grund eines pactum fiduciae freilassende extraneus, wogegen der parens manumissor die tutela legitima erlangte.

Diese Verhältnisse hat uns Justinian in § 8 J. III, 2 recht anschaulich geschildert:

ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat. quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipatione liberorum semper videatur contracta fiducia fieri, cum apud antiquos non aliter hoc optinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

Hier ist also die Vornahme eines wahren pactum ausdrücklich bezeugt.

Wenn Thibaut[1]) mit vielen anderen Älteren (cfr. die Citate bei ihm) behauptet, der tutor sei auch fiduciarius geworden ohne besonders beigefügtes pactum fiduciae, und daher stamme der Name tut. fid. nicht von der eigentlichen fiducia, so stimmt das durchaus nicht zu den allegierten Stellen. Der mancipio accipiens, welcher ohne vorhergegangenes pactum fiduciae manumittierte, wurde nicht tutor fiduciarius, sondern legitimus. So auch Puchta, Institutionen § 298 Note.

Erst durch Justinians Verordnung änderte sich dieser Zustand; die fiduciaria tutela der Institutionen (tit. I, 19) hat daher freilich nichts mehr mit der eigentlichen fiducia zu thun. Cfr. auch l. 4 D. XXVI. 4.

---

1) Abhandlungen S. 295.

Die von Thibaut[1]) fernerhin aufgestellte Behauptung, nach klassischem Recht sei auch der mancipierende Vater tutor fiduciarius geworden, wird durch Gaius I, 172 und Ulpian XI, 5 ohne weiteres widerlegt, wonach der parens manumissor als tutor legitimus bezeichnet wird[2]). Auch ist diese Verschiedenheit der Bezeichnung nicht ohne inneren Grund — der Vater und der ohne pactum fiduciae manumittierende extraneus lassen den filius aus freien Stücken ohne rechtliche Verpflichtung frei, wogegen die Freilassung seitens des sub pacto fiduciae mancipio accipiens auf Grund seiner Fiduciarverpflichtung erfolgt.

Dafs Justinian nicht nur die parentes manumissores gleichfalls fiduciarii nennt, sondern auch behauptet, unter Voraussetzung eines pactum fiduciae sei das schon apud antiquos so gewesen, mag auf einem Mifsverständnis das alten Rechts beruhen; vielleicht auch auf einer in der Zwischenzeit per abusum eingerissenen Vermischung in der Terminologie; cfr. Heck[3]), auch l. 3 C. Theod. V, 1. Für das klassische Recht beweist das nichts.

Wenn auch andere Personen, so die Kinder des tutor legitimus, als tutores fiduciarii bezeichnet werden, so geschah das wohl mehr per abusum und aus dem Grunde, um an die eigentümlichen, hier in gleicher Weise wie bei der wahren tutela fiduciaria eintretenden Wirkungen anzuknüpfen.

Der Gesamtbegriff der tutela fiduciaria ist demnach ein weiterer, der als solcher nicht in den Bereich unserer derzeitigen Untersuchung fällt.

5) Die coëmtio fiduciaria.

Über diese berichtet uns Gaius I, 115—115a. Eine Frau liefs sich von ihrem gesetzlichen Geschlechtsvormund einem andern mancipieren und von jenem an ersteren remancipieren, worauf er sie freiliefs. Dies geschah vornehmlich, um der Agnatentutel zu entrinnen, weshalb dieser Grund der coëmtio fiduciaria mit der Aufhebung jener Tutel durch Hadrian sein Ende erreichte.

Es gab auch noch andere Zwecke, die man mit der-

[1]) a. a. O. S. 287.
[2]) cf. auch Rein a. a. O. S. 516.
[3]) Zeitschr. d. Sav.-Stift. X, 104.

artigen Machinationen erreichen konnte. Cfr. die Darstellungen bei Böcking,[1]) Puchta,[2]) Rein[3]) und in den von letzterem citierten Schriften von v. Savigny und Hoffmann. Hierher gehört auch die Stelle Cicero pro Murena c. XII (cfr. oben), auf Grund deren Böcking drei Fälle dieser fiducia aufzählt:

1) tutelae evitandae causa,
2) testamenti faciendi gratia,
3) sacrorum interimendorum causa.

Auch zwecks Erlangung eines andern tutor mochte diese coëmtio am Platze sein; ferner konnte jene remancipatio seitens des extraneus statt an den ursprünglichen tutor auch an einen Dritten erfolgen, der dann durch Freilassung der Frau ihr tutor fiduciarius wurde.

6) Hier ist noch zu handeln von der Stelle der Collatio II, 3 § 1, wonach ein zur Abarbeitung eines Schadens ins mancipium gegebener freier Mensch vom Empfänger mittels prätorischen Zwanges freizulassen ist, jener aber nicht mit der actio fiduciae belangt werden kann.

Wie mag sich das erklären? Huschke in seiner Iurisprudentia Anteiustinianea bemerkt als Note dazu:

quia non fiduciae causa, sed proprio iure habendus ei mancipatus est.

Das scheint uns ein recht kümmerlicher, an den Haaren herbeigezogener Grund, mit dem man alles beweisen kann. Warum soll denn nicht jeder Fiduciar die Sache «proprio iure» haben? Sinn kann die Stelle doch nur haben, wenn der homo liber nur sub pacto fiduciae mancipiert worden ist, denn dafs ohnedies eine actio fiduciae nicht zustehen konnte, war zu selbstverständlich, um besonders erwähnt zu werden.

Man wird daher anders vorgehen müssen:[4]) gemeint ist natürlich die Hingabe eines filius suus, da die eines andern freien Menschen von vornherein null und nichtig gewesen wäre. Nun sagt aber Paulus (sent. V, 1 § 1):

---

[1]) Pandekten I, S. 181.
[2]) Institutionen § 302 N. m.
[3]) a. a. O. S. 386/7.
[4]) cf. über die Stelle im übrigen Bachofen, Pfandrecht S. 434, 630.

«homo enim liber nullo pretio aestimatur. iidem nec pignori ab his (sc. patribus) aut fiduciae dari possunt.»

Mit Rücksicht auf letztere Stelle liegt als Sinn des ersten Citats folgendes nahe: der Vater soll indirekt genötigt werden, seinen Sohn, der einen Schaden verursacht, nicht noxae zu dedieren, weil es der Würde eines freien Menschen nicht entspricht. Thut er es doch, so erwächst für ihn auch nach vollständiger Abarbeitung des Schadens durch den filius keine actio fiduciae (fiduciae dari non potest). Dadurch darf der Sohn aber natürlich auch nicht zu Schaden kommen und gelangt daher durch Vermittlung des Prätors zur Freiheit.

Ist das der Sinn unserer beiden Citate, so wird die aus ihnen sich für unsere Zwecke ergebende Ausbeute sehr bedeutend: sie beweisen uns, dafs die noxae deditio des Sklaven, und ursprünglich wohl auch die des Haussohnes, durch mancipatio fiduciae causa gethätigt sein muss. Dafs dem so gewesen ist, erscheint auch leicht begreiflich, da ja sonst jede Möglichkeit fehlte, den Gegner nach geschehener Abarbeitung zur Remancipation des Beschädigers zu zwingen. Da es bei Sklaven auch noch in klassischer Zeit nicht verboten war, so wird das insoweit auch noch damals die gewöhnliche Art der noxae deditio gewesen sein.

Die noxae deditio ist daher ein neuer Anwendungsfall der fiducia.

Die actio fiduciae ist alsdann nata, so geht aus der Stelle weiter hervor, wenn der Schade abgearbeitet ist, was wieder dem bei der fiducia auch sonst geltenden Rechtssatz entspricht, dafs die Früchte der fiduziierten Sache ipso iure debitum minuunt.

cfr. auch § 3 I. IV, 8:

dominus noxali iudicio servi sui nomine conventus servum actori noxae dedendo liberatur. nec minus perpetuum eius dominium a domino transfertur. si autem damnum ei cui deditus est resarcierit quaesita pecunia, auxilio praetoris invito domino manumittetur.

Aus dieser Stelle zeigt sich der spätere Entwickelungsgang — was zur klassischen Zeit nur beim filius Rechtens war, ist mit der Zeit auch auf die Sklaven ausgedehnt worden; cfr. die Darstellung bei Bachofen a. a. O. Nähere Aufschlüsse

über Zeit und Art dieser Entwicklung versagen uns leider die Quellen auch hier.

Für wahrscheinlich kann immerhin erachtet werden, dafs eine derartige Hingabe der Kinder in früherer Zeit erlaubt gewesen sei; dafür

Dernburg, Pfandrecht S. 9; Puchta, Institutionen § 247; Vering, Pandekten S. 441; cfr. Livius II, 24.

Denn im andern Fall würde ein solches Verbot in späterer Zeit wohl kaum so nachdrücklich haben betont zu werden brauchen.

Fraglich kann es übrigens erscheinen, ob bei Berechnung der Abarbeitung der angerichtete Schaden, oder aber die Kondemnationssumme, die beim furtum beispielsweise das Vierfache betrug, zu Grunde gelegt wurde.[1]) Wir glauben uns für das Letztere entscheiden zu müssen, denn sonst wäre auf das noxae dedere im Gegensatz zur Bezahlung der Kondemnationssumme, das doch nach dem dargelegten Entwickelungsgange mehr und mehr eingeschränkt werden sollte, geradezu eine Prämie gesetzt.

Übrigens war die Hingabe eines Freien fiduciae causa auch kriminalrechtlich verboten; cfr. § 1 Paulus V, 1 — wer einen Freien sciens in fiduciam nimmt, wird mit der Strafe der Deportation belegt.

Kap. III. Die rechtliche Wirkung des Fiduciargeschäftes.

§ 20: Die dingliche Wirkung.

Wenn die Gestaltung der fiducia nach dem Gesagten auch eine sehr mannigfache ist, so erscheint doch die Pfandfiducia derartig als der wichtigste Anwendungsfall, auf den sich auch die grofse Mehrzahl der erhaltenen Fragmente bezieht, dafs wir gerade sie am geeignetsten unserer systematischen Darstellung zu Grunde legen können. Soweit die andern,

[1]) cf. Bachofen a. a. O.

im grofsen und ganzen analog gestalteten Fälle Abweichungen enthalten, wird das am geigneten Platze angedeutet werden.

Der Fiduciarvertrag stellt sich juristisch als eine mancipatio dar ea lege, ut res mancipata mancipanti remanciparetur. Damit ergiebt sich zunächst die dingliche Wirkung, wie sie aus der mancipatio als solcher hervorgeht: Übergang des Eigentums an den Gläubiger ganz abstrakt und ohne Unterschied der causa. Daran kann auch das pactum nichts ändern; für den dinglichen Effekt ist die fiduciarische Beredung zunächst ganz irrelevant.

Dies entspricht auch der herrschenden Meinung, wenngleich es nicht an solchen gefehlt hat, die auch in das dingliche Moment den fiduciarischen Charakter hineinspielen lassen wollen.

So hat man von «revokablem» Eigentum gesprochen — so L. v. Stein[1]) — eine für unseren Fall ganz mifsverständliche Bezeichnung, die doch nur Sinn hätte, wenn das Eigentum ipso iure zurückgefallen wäre.

Nicht viel besser sprechen andere von «prokuratorischem Eigentum», so Rudorff,[2]) Zachariae[3]) u. a.

Fuchs[4]) bezeichnet das Eigentum des Fiduciars wegen der Remancipationspflicht für «resolutiv — bedingt», — Sintenis[5]) ähnlich wie v. Stein für «widerruflich» — beides juristisch wenig korrekt. Eine nur obligatorisch wirkende Resolutivbedingung ist doch nimmermehr eine wahre Bedingung und eigentlich ein Nonsens. Hierher gehört auch Sohm[6]): Die fiduciarische Klausel habe nicht blofs obligatorische, sondern auch dingliche Wirkung gehabt; das fiduciarische Eigentum sei ein anderes Eigentum als das gewöhnliche gewesen, und daraus erkläre sich auch die usureceptio.

Ferner erklärt Gothofredus, die Sache sei «in bonis» debitoris verblieben, das Eigentum «non proprie» überge-

---

1) Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft S. 237.
2) Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI, S. 61 fg.
3) a. a. O. S. 23, 27.
4) Wesen der Dinglichkeit S. 95.
5) Pfandrecht S. 195.
6) Institutionen S. 38.

gangen, wogegen sich schon Thomasius[1]) mit Recht erklärt hat:

«dominium improprie dictum plane dominium non esse.»

In ähnlicher Weise hat diese ältere Ansicht neuerdings wieder ans Licht gebracht Huschke,[2]) teilweise zustimmend Scheurl[3]) — die Sache sei in bonis des Schuldners geblieben; er stehe nunmehr dem Käufer gleich, welchem eine Sache blofs tradiert worden sei. Scheurl meint, die Sache sei nicht aus «dem Vermögen» des Schuldners gekommen. Der Gläubiger habe daher nur ein «eventuelles Verkaufsrecht».

Mit Recht hat Dernburg[4]) diese Anschauung mit Entschiedenheit bekämpft. Jener Begriff des bonitarischen Eigentums ist doch nur gewissermafsen ein Hülfsmittel des Verkehrs, um der den natürlichen Anschauungen entsprechenden traditio rechtliche Bedeutung zu verschaffen. Ihn hier anzuwenden, wo es sich um rechtlich so fest bestimmte Gebilde handelt, erscheint ganz verfehlt. Huschke und Scheurl halten die dingliche und obligatorische Wirkung nicht mit genügender Schärfe auseinander. Weil der Gläubiger die Sache nicht ohne weiteres endgültig behalten wird, weil er sie mit Rücksicht auf den Schuldner behandeln und dessen spätere Ansprüche auf Rückerwerb nicht durch seine Verfügungen zu nichte machen soll, darum soll er dinglich beschränkt sein! Die Gegner vergessen ganz, dafs alle jene Beschränkungen nur obligatorischer Natur zu sein brauchen und hier nur sein können, da die mancipatio keine mindere Wirkung verträgt.

Nicht, wie und in wessen Interesse ich handeln soll, sondern wie ich Dritten gegenüber mit rechtlicher Wirkung handeln kann, ist das Entscheidende, und in dieser Hinsicht ist, wie wir noch sehen werden, nach den Quellen der Fiduciant nicht anders gestellt als andre Gläubiger. Es ist daher auch falsch, dem Fiduciar nur ein eventuelles Verkaufsrecht zuzuschreiben, da man höchstens von einer «eventuellen Verkaufsbefugnis» reden könnte. Dies wird klar, sobald man

[1]) cf. Dernburg a. a. O.
[2]) a. a. O. S. 229.
[3]) Beiträge II, S. 57.
[4]) Pfandrecht I, S. 24.

auch hier den so wichtigen Unterschied des rechtlichen Könnens und rechtlichen Dürfens genügend erfafst[1]) — nur im letzteren unterscheidet sich der Fiduciar von andern Eigentümern, und Dürfen und subjektives Recht haben, wie Thon trefflich nachgewiesen, an sich nichts Gemeinsames.

Mehr als seltsam aber ist es, die Sache noch zum Vermögen des Fiducianten zu rechnen. Was mag Scheurl sich wohl unter «Vermögen» hier vorstellen? Etwa die ökonomische Lage? Aber gerade in dieser Hinsicht hat der Schuldner doch zunächst wenig Vorteil von der dereinstigen Rückerstattung, ihm steht nur der Anspruch auf remancipatio zu, dessen Wert sich durch den Betrag der Schuld, um den sich der Gläubiger aus dem Pfandrecht befriedigen darf, erheblich vermindern mufs.

Und wie käme Gaius (II § 60) dazu, die usureceptio fiduciae als «lucrativa usucapio» zu bezeichnen, wenn der Schuldner wirklich nur das zurückerhielte, was noch zu seinem Vermögen gehört hätte?

Mit unserer Anschauung stimmen die einzelnen Entscheidungen der Quellen überein:

1. In der constitutio des Kaisers Valerian (fragm. Vatic. § 18) heifst es nach der Huschkeschen Ergänzung:

> Licet creditor res sibi fiduciae datas mala fide vendiderit, si tamen secundum ius in facienda venditione versatus est, non debent emtores inquietari, sed actione fiduciae adversus creditorem agendum est.

Wir ersehen schon aus den ursprünglich erhaltenen — hier gesperrt gedruckten — Worten dieses Fragmentes, dafs ein scharfer Gegensatz zwischen den dinglichen und obligatorischen Wirkungen gemacht wird. Der Verkauf des Fiduciargläubigers ist schlechthin gültig, sofern ihm nur an sich kein Mangel anhaftet, er «secundum ius» gethätigt ist — ob aber nicht aus diesem Verkauf gegen den veräufsernden Gläubiger die actio fiduciae erwächst, steht auf einem ganz andern Blatt — es hängt dies davon ab, ob er seiner Treupflicht gegen den Fiducianten genügt hat.

---

[1]) cf. darüber Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, namentlich letzter Abschnitt; Brinz, Pandekten I.

Die von Älteren (Cuiacius[1]) und Conradi[2]), vertretene Behauptung, dafs im Fall der Gläubiger die Sache nicht rite verkauft habe, der Schuldner eine actio in rem behielte, ist gegenüber dieser Stelle unhaltbar. Wenn man sich dabei auf l. 2 C. VIII, 29 beruft, so ist dagegen zu bemerken, dafs sich letztere Stelle nicht auf die fiducia, sondern auf das pignus bezieht, bei dem die Beobachtung der bestimmten Formalitäten beim Verkauf allerdings zur Rechtsgültigkeit gehört.

Nur einem Minderjährigen soll eine restitutio in integrum gegen einen solchen Verkauf zu gute kommen, sofern die Fiduziierung von seinem Vater vorgenommen und der Verkauf «non ita ut oportuit» ausgeführt ist. Hier wird das non ita etc. freilich nicht von einem Mangel des Kaufgeschäftes als solchem zu verstehen sein — denn in einem solchen Fall benötigte man doch nicht des Umweges der in integrum restitutio — sondern von einer Verletzung der obligatorischen Treupflicht.

Ferner kann der Fiduciar die Sache ohne weiterers von jedem Inhaber mit der — direkten — Eigentumsklage ohne besondere Ermächtigung seines Mancipanten herausverlangen.

§ 4 Paulus V, 26:

> fiducias vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur.

Ferner kann er die Sache mit dinglicher Wirksamkeit verpfänden, mit Servituten und andern iura in re belasten, veräufsern und dergleichen. Nicht minder gehört die Sache zu seiner Erbschaft; er kann sie legieren, insbesondere einem oder mehreren seiner Erben durch Prälegat, § 6 Paulus II, 13, jedoch gilt sie im Zweifel nicht als mitlegiert, § 69 Paulus III, 6. Eine interessante Ergänzung dazu erhalten wir in der interpolierten l. 9 § 2 D. 33, 10: Das bei jemandem fiduciae causa befindliche argentum gilt «supellectile omni legata» als mit vermacht, wenn es der Erblasser im Gebrauch hatte, aber nicht, wenn er es propter contractus fidem beiseite gestellt hatte — natürlich, denn im letzteren Fall hatte es ihm nicht als supellex gedient.

---

1) Observ. VII, 26.

2) a. a. O. S. 249.

Man vergleiche über die hier aufgezählten Machtbefugnisse des Fiduciars Dernburgs[1]) und Puchtas[2]) Bemerkungen.

Ein wichtiger Unterschied vom pignus war der, dafs man an einer Sache zwar mehrere pignora bestellen, sie aber nur einmal zur fiducia geben konnte. Dieser Gegensatz ergiebt sich aus der mit letzterer verbundenen Übertragung des Eigentums, denn condominium plurium in solidum esse non potest. Cfr. Puchta,[3]) Zachariae,[4]) v. Bassewitz.[5])

Dagegen mufs eine fiduciae datio an mehrere uno actu als möglich angesehen werden. Ferner folgt aus der Natur der Sache, dafs durch die Hingabe einer bereits mit pignus oder hypotheca beschwerten Sache zur Fiducia erstere nicht untergingen, sodafs unter Umständen an einer und derselben Sache alle drei Arten des Pfandrechtes nebeneinander bestehen konnten.

Als Eigentümer erwarb der Fiduciar die Hälfte des Schatzes, die Früchte, die Sklavenkinder. Ihm standen alle die Deliktsklagen zu, welche sich auf Grundlage des Rechtes an der Sache entwickelten — so die actio legis Aquiliae, die actio furti, und vor allem auch die — zwar nicht selbst deliktische, aber doch aus einer unerlaubten Handlung entspringende — condictio furtiva. Letztere bildet wieder einen deutlichen Beweis dafür, dafs dem Fiduciar ein wahres Eigentumsrecht zustand, da sie bekanntlich dem Eigentümer ausschliefslich zugeschrieben wird. Dem Fiduciar ist diese Klage in der nachweislich interpolierten l. 22 D. XIII, 7 expressis verbis zugesprochen; er hat dieselbe nicht nur gegen Dritte, sondern eventl. auch gegen den debitor selbst, wenn dieser ihm das Pfandobjekt wegnimmt.

Indes, so wird man einwerfen, ist das Gleiche ja auch für den gewöhnlichen Pfandgläubiger anerkannt, enthält also nichts Neues!

Diese Zuständigkeit der condictio furtiva für den blofsen

---

[1]) a. a. O. S. 11.
[2]) a. a. O. § 247.
[3]) a. a. O.
[4]) a. a. O.
[5]) a. a. O. S. 15.

Pfandgläubiger ist nach der herrschenden Lehre zweifellos vorhanden; cfr. Windscheid,[1]) Dernburg[2]) u. a., wenn sich auch namentlich letzterer die Anomalie dieser Erscheinung nicht verhehlt.

Wir müssen aber im Gegenteil die Behauptung aufstellen, dafs bis zu Justinian der Pfandgläubiger niemals die condictio furtiva — im Gegensatz zur actio furti — gehabt hat, und ihm erst durch seine Interpolationen, welche in die alten Citate über das Recht der fiducia einfach das Wort «pignus» einsetzten, — vielleicht aus Irrtum oder Unachtsamkeit — diese Klage zugebilligt worden ist. Hier zeigt sich also ein Einflufs des älteren Rechtsinstitutes auf das neuere, der mit der ratio iuris kaum sonderlich harmoniert.

Die herrschende Meinung gründet sich, soviel wir übersehen können, lediglich auf zwei Pandektenstellen. Die eine derselben, l. 22 D. XIII, 7, ist durch die nach Lenel sicher anzunehmende Interpolation für das vorjustinianische Recht beseitigt; die andere Stelle, welche wir einstweilen bestehen lassen, ist l. 12 D. de cond. furt. XIII. 1, Ulpianus l. 38 ad edictum.

Nun sagt aber bekanntlich derselbe Ulpian in demselben Buch 38 (l. 1 D. tit. cit. 13, 1):

«in furtiva re soli domino condictio competit.»

Ferner l. 39 ad Sab. (l. 14 § 16 D. XLVII, 2), wo Ulpian mit der denkbar gröfsten Entschiedenheit geltend macht:

«condictio autem ei demum competit, qui dominium habet.»

In beiden Stellen ist auch nicht das mindeste von einer möglichen Ausnahme gesagt, und im Gegenteil spricht die apodiktische Form (ei demum, soli domino) dafür, dafs er jene Behauptung als ganz principiellen, schlechthin geltenden Grundsatz aufstellt. Eine Ausnahme von diesem würde Ulpian als contra tenorem rationis receptum erscheinen — das kann bei der Form beider Stellen gar nicht in Zweifel gezogen werden. Und ein so eminent wichtiger Ausnahmefall wie die condictio furtiva hätte der civilistischen Feinheit

---

[1]) Pandekten II, § 453 N. 2.

[2]) Pfandrecht II, 397—400.

eines Ulpian sofort ins Gedächtnis kommen müssen — es wäre ganz unerklärlich, wenn er beidemal mifsverständlicherweise auf jene Ausnahme hinzuweisen unterlassen hätte. Die anomale Natur jener Erweiterung aber ergiebt sich daraus, dafs die condictio furtiva nur ein Seitenstück zur vindicatio, vollkommen mit derselben korrespondierend, bilden soll, weshalb sie auch an sich von denselben Voraussetzungen wie jene Klage abhängig sein mufs.

Diesen beiden Stellen gegenüber könnte die l. 12 cit. schon an sich kaum entscheidend sein und fordert jedenfalls von vornherein ein gewisses Mifstrauen heraus. In der That scheint uns die Möglichkeit, dafs sie zunächst nichts über das pignus enthalten habe, bei näherer Betrachtung sehr nahe zu liegen.

Im principium der Stelle lobt Ulpian zunächst den Marcellus («eleganter Marcellus definit») wegen seiner Worte:

«si res mihi surrepta tua remaneat, condices. Sed et si dominium non tuo facto amiseris, aeque condices.»

Im Fall also der bisherige Eigentümer, welcher seine Sache einem andern zur Detention[1]) gegeben hat, das Eigentum behält, ist auch das Gleiche mit der condictio furtiva der Fall; d. h. auch im Fall der Hingabe pignoris causa. Nur durch Untergang der Sache und ähnliche faktische Zufälle geht er seines Rechtes verlustig. Daneben bleibt aber für die condictio des Nichteigentümers kein Platz mehr, denn die condictio ist ja nur Ersatzklage (daher erlischt sie auch z. B. durch Veräufserung der gestohlenen Sache, l. 10 § 2 D. t. cit. XIII, 1).

In der ganzen Stelle ist immer die Rede von zwei Personen, die bei einem furtum als Geschädigte in Betracht kommen.

1) Im principium erscheint A als Eigentümer, B als Nichteigentümer.

2) In § 1 sind A und B Miteigentümer.

3) Wie steht es nun in § 2?

Sollte nicht gemäfs der Konzinnität hier der Fall erwähnt werden, dafs A, der Hingebende, nicht mehr Eigentümer geblieben, sondern das Eigentum ganz auf B übergegangen ist,

---

[1]) bezw. zu abgeleitetem Besitz.

d. h. der Fall der fiducia? Dem systematischen Fortschreiten würde das zweifellos am ehesten entsprechen!

Nun heifst es hier:

> Neratius libris Membranarum Aristonem existimasse refert, eum, cui pignori res data est, incerti condictione acturum, si ea surrepta sit.

Nach unserer Theorie enthält diese Entscheidung des Aristo einen Widerspruch zu den beiden obigen Citaten aus Ulpian, ja sogar zu dem principium der l. 12 selbst. Alle diese Schwierigkeiten lösen sich, die wünschenswerte Konzinnität der Disposition wird hergestellt, wenn man das einzige Wort «pignori» mit «fiduciae» verbessert — u. E. wahrhaftig hinreichender Grund hierzu, zumal wir eine solche Interpolation schon aus so zahlreichen andern Stellen kennen! In pessimum eventum aber kann man noch immer annehmen, dafs Ulpian die Meinung des Aristo und Neratius nur historisch erwähnt habe — dafs er sie zu der seinigen gemacht, besagt der Wortlaut keineswegs — ohne sie der besondern Widerlegung für wert zu erachten, da er ja seine eigene abweichende Ansicht schon genügend geltend gemacht hatte. Vielleicht schlofs sich auch ursprünglich als Widerlegung die uns als l. 1 D. XIII, 1 überlieferte, aus demselben liber 38 stammende Stelle unmittelbar an.

Im Justinianischem Recht hat sich freilich dieser Zustand durch die Interpolation geändert, und wir müssen jetzt die Zuständigkeit der condictio furtiva für den Pfandgläubiger als ein — principwidriges — fait accompli hinnehmen.

Eine weitere Folge dieses Rechtszustandes war, dafs der fiduciarische Pfandgläubiger die Sache auf dem Wege des Kaufes nicht vom Verpfänder erwerben konnte; — quia suae rei emtio esse non potest. Auch dies beweist gegen Huschkes oben kritisierte Theorie. Cfr. § 3 Paulus II, 13:

> debitor creditori vendere fiduciam non potest.

In § 4 daselbst heifst es dann ferner, dafs auch jeder Versuch, dieses Verbot durch Vermittelung einer persona supposita zu umgehen, wirkungslos sein sollte — sei es, dafs der Verpfänder an diese Person veräufsere, oder der Pfandgläubiger selbst in dieser seiner Eigenschaft das Scheingeschäft abschliefse.

Cfr. dazu Puchta.[1])

Wohlbemerkt soll das aber nur unzulässig sein invito debitore; denn, so wird man ergänzen dürfen, durch seine Zustimmung verzichtet der Schuldner auf sein Recht der Verfolgung; cfr. Dernburg[2]) und Schweppe[3]): Durch Verzicht des Gebers, nicht durch abermalige Überlassung könne dies geschehen.

Mit der dargethanen Unmöglicheit des Kaufs vom Schuldner steht dies in keinem Widerspruch — denn giebt der Schuldner zu Gunsten des Gläubigers seine Ansprüche auf die fiduziirte Sache auf, so liegt darin weniger Kauf, als vielmehr Schenkung oder Dereliktion, cfr. l. 25 D, XIII, 7, wo dem Schuldner gestattet wird, die Sache dem Gläubiger «paenuria captus derelinquere». Auch wo diese Aufgabe der Fiduciaransprüche durch eine Leistung seitens des Gläubigers selbst vermittelt wird, liegt in dem Verhältnis kein eigentlicher Sachkauf, sondern nur ein kaufweiser Verzicht auf ein Forderungsrecht.

In diesen Zusammenhang gehört auch die interpolierte l. 34 D. XIII, 7 (cfr. oben). Auch hier bespricht Marcellus keinen wahren Kauf der fiduziierten Sache seitens des Gläubigers, der unmöglich wäre, sondern der Verpfänder beantragt und erwirkt vom Gläubiger nur, dafs er den fundus «certo pretio» behalten solle. Dies certum pretium mag gleich dem Betrage der versicherten Forderung bezw. einer bestimmten Quote derselben gewesen sein. Das Geschäft enthält also nur jenen kaufeshalber gethätigten Verzicht des Verpfänders auf seine actio fiduciae, event. mit Kompensation des Kaufpreises mit der Forderung des Gläubigers, oder, wie man vielleicht auch sagen könnte, die nachträgliche Einfügung einer lex commissoria in das pactum fiduciae.

Aus dem Eigentumsrecht des Fiduciars ergiebt sich auch, dafs sein Recht nicht, wie das Pfandrecht, mit Bezahlung der Schuld ohne weiteres erlischt — es ist vielmehr zur Rückübertragung des per mancipationem erlangten Eigentums eine

---

[1]) I 247 N. d.

[2]) S. 21.

[3]) Röm. R.-Gesch. § 279.

besondere remancipatio von nöten. Das sprechen die Quellen klar aus — «ea lege, ut remanciparetur», (cfr. auch § 3 Paulus II, 13.)

Einen Beweis hierfür enthält auch die l. 4 § 1 D, XII, 1, wenn anders die oben behauptete Interpolation hier ihre Richtigkeit hat. Kondizieren kann ich doch nur das, was nicht in meinem Eigentum steht; aus der Kondiktionsfähigkeit der fiduziierten Sache post solutam pecuniam ergiebt sich danach das fortdauernde Eigentum des Fiduciars.

Befindet sich die Sache in der Gewahrsam des Mancipanten, so kann demnach auch nach geleisteter Zahlung der Gläubiger die Sache mit seiner vindicatio zurückverlangen; selbstverständlich steht aber diesem eine grobe Verletzung der Treupflicht enthaltenden Unterfangen eine exceptio doli entgegen. [1])

Eine interessante Frage mag hier noch erwähnt werden: Wenn jemand eine fremde Sache fiduciae causa mancipierte, so erwarb der Empfänger naturgemäfs kein Eigentumsrecht. Wenn er nun aber späterhin die Sache ersafs, so fragt sich, ob dies zu fiduciarischem oder zu vollem endgültigen Recht geschah?

Wir glauben uns getrost für das erstere entscheiden zu dürfen. Denn zunächst ist die mancipatio fiduciae causa an sich ein vollkommen zureichender Ersitzungstitel. Ferner aber hatte, wie wir gesehen haben, die Fiduciarberedung Geltung unabhängig von dem Übergang des Eigentums; der Gläubiger war auch in diesem Fall zur etwaigen Remancipation verpflichtet. Und diese Verpflichtung konnte, wenn überhaupt von der dinglichen Wirkung unabhängig, durch eine etwaige Ersitzung seitens des Fiduciars sicherlich nicht beeinträchtigt werden, solange sie nicht etwa selbst durch Verjährung untergegangen war. Entsprach das doch auch vollkommen der fides — denn im Fall der debitor die Sache nicht zur Fiducia gegeben hätte, würde er selbst in der Zwischenzeit dieselbe habe ersitzen können — wenigstens wenn die allgemeinen Voraussetzungen in seiner Person vorhanden waren.

Sonach scheint die dingliche Seite des Verhältnisses wenig

---

[1]) cf. Keller, Zeitschr. f. gesch. R.-Wiss. XII, 407.

Besonderheiten aufzuweisen; die charakteristischen Wirkungen des Fiduciargeschäftes sind eben auf dem obligatorischen Gebiet zu suchen.

Nur in einigen, allerdings ziemlich schwachen Anklängen finden wir auch bei der dinglichen Seite dem Gedanken Raum gelassen, dafs der Verpfänder, obzwar nicht mehr Eigentümer, doch an der Sache noch interessiert ist. — Hieraus erklären sich folgende Bestimmungen:

1. Der Verpfänder kann die Sache an jedermann, mit Ausnahme des Gläubigers, verkaufen, § 3 Paulus II, 13

   «debitor creditori vendere fiduciam non potest: sed aliis si velit vendere potest, ita ut ex pretio eiusdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam rem emtori praestet.

Dies kann wichtig werden für den Fall, dafs der Gläubiger die fiducia, welche vielleicht einen weit höheren Wert als die durch sie versicherte Forderung repräsentiert, nicht verkaufen will; denn er kann zu einem Verkaufe nicht gezwungen werden, l. 6 pr. D. XIII, 7. Der Schuldner hat dann im Fall solcher Weigerung das Recht, die Sache zu veräufsern und zur Vorbereitung dieses Verkaufs vom besitzenden Gläubiger Vorweisung zu verlangen.

2. Die fiduziierte, vorher im Miteigentum befindliche Sache kommt bei der actio communi dividundo in Betracht. l. 7 D. X, 3.
3. Der Verpfänder kann die Sache in dotem dare, fragm. Vatic. § 94 — Paulus lib. VII resp.
4. Nicht minder kann er sie per praeceptionem legieren, was sonst nur bei Sachen, die sich im Eigentum des Erblassers befinden, zulässig ist; Gaius II, 220 (zu vergleichen mit der interpolierten l. 28 D. X, 2):

in diesem Fall wurden die Miterben officio iudicis zur Auslösung der fiduziierten Sache genötigt. Die Geltendmachung dieses Anspruches seitens des Legatars geschah mittels der actio familiae herciscundae, und demgemäfs war, wie die Sabinianer meinten, ein derartiges Legat nur zulässig zu Gunsten eines Miterben. Über die Meinung der Prokuleaner cfr. Gaius II, 221—222.

Veräufsert der Erbe die Erbschaft des Fiducianten, so hat der Käufer gegen den Erben Anspruch auf Cession der actio fiduciae; cfr. Lenel a. a. O. S. 118.

§ 21: Besitz.

Mit dem Eigentumserwerbe des Fiduciars ist der des Besitzes nicht notwendig verbunden. Denn die in iure cessio und mancipatio sind Formalakte, mit denen eine körperliche Übergabe an sich um so weniger verbunden gewesen sein kann, als es sich bei der fiducia wohl meistens um Grundstücke gehandelt hat, während jene Akte entweder an der Gerichtsstelle oder doch in der Stadt (Rom) selbst vorgenommen wurden. Dafs aber wegen des hinzukommenden pactum fiduciae eine traditio notwendig geworden wäre, hat keinerlei Grund und ist auch nirgends angedeutet.

Dies ist auch von jeher anerkannt worden. Cuiacius[1]) zwar behauptet, dafs bei der fiducia im Gegensatz zum pignus, «etiam dominium» an den Gläubiger übergegangen sei, und scheint danach auch Besitzübertragung als wesentlich anzunehmen. Diese vereinzelte, gelegentliche Bemerkung ist aber schwerlich besonders ernsthaft zu nehmen.

Auf der andern Seite ist man noch weiter gegangen und hat behauptet, der Fiduciant sei sogar regelmäfsig im Besitz geblieben.

Rudorff[2]) spricht für den Fall, dafs auch der Besitz eingeräumt wurde, von der Verbindung von fiducia und pignus. Das ist falsch, denn pignus suae rei esse non potest. Nach dieser Meinung müfste neben dem Eigentum noch ein ius in re aliena bestehen, was wegen der dann notwendig eintretenden Konfusion ganz unmöglich wäre. In Wahrheit ist das pignus bezw. das Recht auf den Besitz in dem maius der fiducia als aufgehobenes Moment implicite enthalten, und es entsteht nicht erst durch hinzukommende Besitznahme.

Nur bei Mobilien, so wird von manchen, z. B. Dernburg[3]) gelehrt, sei ihrer Natur nach Besitznahme notwendig

---

[1]) Opera IV, p. 1467.
[2]) Pfandklagen S. 190; Zeitschr. f. R.-G. XI, S. 94.
[3]) S. 17.

gewesen. Die herrschende Lehre, vertreten von Puchta,[1] Scheurl[2] und Böcking,[3] widerspricht dem, wie wir glauben, mit Recht, denn zwar die Ergreifung der zu übertragenden Mobilien war bei jenen Formalakten notwendig, aber nur zur Solennisierung des Aktes, symbolisch — eine Besitznahme im civilrechtlichen Sinne ist damit in keiner Weise gegeben.

Freilich kann der Gläubiger vom Schuldner mittels der vindicatio und auch wohl mittels der actio fiduciae contraria Herausgabe des Besitzes verlangen, und häufig wird denn auch de facto bald nach oder schon vor der Übertragung des Eigentums mit der fiducia eine solche des Besitzes verbunden gewesen sein. Nötig war das aber, wie gesagt, keineswegs und eben deswegen bot die fiducia Vorteile vor dem pignus. Für den Gläubiger gewährte sie die Handhabe, dem Schuldner die Bewirtschaftung der Sache zu lassen, die ihm selbst vielleicht unbequem oder sonst wenig wünschenswert erscheinen konnte — man denke z. B. an den Fall, wo dem in Rom wohnende Fiduciar etrurische oder apulische Grundstücke übertragen wurden! Und auch dem Schuldner konnte damit die sonst so ungünstige fiducia ihre guten Seiten zeigen. Wie wichtig eine solche Überlassung der Sache an den Schuldner gewesen sein mag, deuten die Quellen mehrfach an — si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret . . . . sagt Gaius II, 60 und legt durch diese Fassung die Vermutung nahe, dafs eine solche Belassung der Sache in der Detention des Schuldners eher die Regel als die Ausnahme gebildet habe.

Cfr. darüber Puchta,[4] Scheurl,[5] Dernburg;[6] ferner Isidorus, origines V, 25 — precarium est, dum precario creditor rogatur permittere, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere.

---

[1]) a. a. O.
[2]) Krit. Vierteljahrsschr. II, S. 419.
[3]) Pandekten II, S. 66.
[4]) Vorlesungen § 193; Institutionen § 247.
[5]) Institutionen § 105.
[6]) Pandekten § 263.

Vom pignus kann diese Stelle nicht gehandelt haben, denn es gilt bekanntlich die Regel

«precarium rei suae esse non potest».

Natürlich ist in diesen Fällen der Fiduciant nicht juristischer Besitzer, sondern nur detentor; die possessorischen Interdikte gehen mit der einmal gethätigten Besitzübergabe für ihn unter. Ja noch mehr! In der Übereinkunft, wonach der Schuldner die Sache precario oder zur Miete zurücknimmt, wird man ohne weiteres ein constitutum possessorium erblicken können, so dafs auch ohne naturale Übergabe der juristischen Bedeutung doch der Besitz fast immer auf den Gläubiger übergegangen sein wird.[1]) Abgesehen von dieser, mit Besitzerwerb für ihn selbst verbundenen Fällen hat sich wohl jeder Gläubiger gehütet, dem Schuldner die Sache zu belassen — stand jenem dann doch die Gelegenheit offen, in einem kurzen Jahre das Eigentum usureceptione zurückzuerwerben (Gaius II, 59—60).

Ganz mit Unrecht behauptet Huschke,[2]) dafs der Schuldner in jenen Fällen (precarium und locatio) fortbesessen habe, was er mit der nahezu unglaublichen Behauptung begründet, dafs sich für ihn hinsichtlich des animus domini nichts geändert habe. (!) Jener Ausschlufs der usureceptio in den gedachten Fällen mufs danach als eine positive, ganz principlose Ausnahme erscheinen, während er nach unserer Anschauung sich durch die allgemeine Regel «nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest» ohne weiteres ergiebt.

Cfr. übrigens auch l. 16 D. 44, 7

« . . . precario dando efficit, ne res usucapi possit.»

Cfr. auch Rein[3]) und Geib,[4]) welcher letztere freilich mifsverständlich behauptet, dafs die Besitzübertragung bei der fiducia nicht einmal üblich gewesen sei. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ergiebt sich aus dem Gesagten. Ebenso-

---

[1]) Der Gläubiger hat dann aufser den andern Klagen und den Besitzinterdikten noch das interdictum de precario bezw. die actio locati.

[2]) Puchta § 247; a. a. O. S. 254.

[3]) Privatrecht S. 350.

[4]) a. a. O. S. 116.

wenig soll damit freilich Bachofens[1]) Bemerkung gerechtfertigt werden, wonach eine vollkommene Verpfändung stets eine Vereinigung «dieses doppelten Versatzes der res und der possessio verlangt».

In diesem Paragraphen ist schliefslich noch zu erwähnen die «impetratio possessionis», von der l. 24 pr. D. XIII, 7 handelt. Wenn nämlich ein Verkauf der Sache unthunlich war, so konnte man vom princeps ein rescriptum impetrieren, welches dem Gläubiger analog der «impetratio dominii» beim eigentlichen Pfandrecht als «impetratio possessionis» die ruhige Gewähr des Besitzes und Genusses der Sache garantieren sollte. Die actio fiduciae war damit erloschen.

> «si impetrasset a Caesare ut pignus possideret, finita est obligatio fiduciae et a contractu recessum.»

Wird die Sache nunmehr evinziert, so kann der Gläubiger nicht mehr mit der actio fiduciae Genugthuung verlangen, sondern bekommt eine actio utilis ex emto.

Es ist anzunehmen, dafs dies Institut der impetratio sich erst in der Kaiserzeit entwickelt hat; mit den älteren Grundsätzen harmonierte es wenig, und vor der Kaiserzeit fehlte es auch an der entsprechenden Behörde.

Kap. IV. b) Die obligatorische Wirkung.

§ 22: Allgemeines.

Die wesentliche Wirkung der fiducia beruhte nach dem Gesagten auf dem obligatorischen Gebiet. Die fiduciae datio erzeugte eine neue, wechselseitige Obligation für beide Beteiligte. Hierin lag ihre Beschränkung und ihr durchgreifender Unterschied vom pignus; durch dieses wurde zunächst nur ein minderes Recht gewährt, das durch besondere Abreden, z. B. das pactum de vendendo, erweitert werden mufste, während durch die obligatorische Wirkung des Fiduciargeschäftes die Gerechtsame des Gläubigers, durch die Erlangung

---

[1]) S. 39.

des Eigentums an sich unbeschränkt, nur vermindert werden konnten.

Kann man deshalb die fiducia zu den Kreditgeschäften rechnen? Nach der Auffassung der Römer entschieden, denn sie sagen (l. 1 D. XII, 1) «credendi appellatio generalis est. omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur; nam cuicumque rei assentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimus».

Für unsere moderne Anschauung aber ist der Begriff des credere erheblich enger zu fassen; wir werden Arnold[1]) recht geben müssen, dafs unser Geschäft nicht darunter falle, da die fiducia nicht von Sachen gebraucht werden könne und blofs die subjektive Seite des Verhältnisses bezeichne, nicht die objektive, die den Kredit erst begründe. «Hier kommt es allein auf den guten Willen, nicht auf die Solvenz des Schuldners an.»

In der That — wenn ich jemandem Kredit schenke, so handelt es sich in fast allen Fällen um Geld, d. h. es kommt nicht auf die Erlangung bezw. Zurückerlangung individuell-bestimmter Sachen, sondern nur auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners an, während der Fiduciar durch Veräufserung der Sache dem Fiducianten alle Möglichkeit nimmt, die Erfüllung seiner Forderung zu erwirken. Um deswillen eignet sich die fiducia nur für solche Stufen des Geschäftsverkehrs, wo auf Treu und Glauben mit Fug gebaut zu werden pflegt und gebaut werden kann — so im altrömischen Recht, so grofsenteils wieder im modernen Handelsrecht, wo die Parteien schon um ihres eigenen Vorteils, ihres Kredits willen alle Veranlassung haben, das auf sie gerichtete Vertrauen zu rechtfertigen.

Von der dinglichen Wirkung ist, wie schon öfters hervorgehoben, die obligatorische völlig unabhängig. Dies beweist l. 22 § 2 D. XIII, 7, wo die actio fiduciae anerkannt wird für den Fall, dafs ein praedo jemandem eine Sache fiduciae gegeben habe, cfr. Lenel S. 110.

Die pompejanische Urkunde erwähnt einen Schwur der

[1]) Kultur und Recht S. 317.

Verpfänderin, die verpfändeten Gegenstände seien sua, und dieser Schwur kann doch nur darauf gedeutet werden, dafs nach Eviktion der Sachen — also ohne Übergang des Eigentums — die actio fiduciae Platz greifen solle.

§ 23: Einflufs der fiducia auf das bisherige Forderungsrecht.

Eine bestrittene Frage ist die, ob durch die Entstehung der fiducia das bisherige Forderungsrecht untergehe oder ruhig weiter fortbestehe. Ferner, wenn es noch weiter existierte, konnte man es auch noch weiter geltend machen? In Verbindung damit steht die andre Frage, wer die Gefahr der fiduziierten Sache trage?

Alle diese Fragen haben namentlich den älteren Juristen viel Kopfzerbrechen gemacht.

1. Allgemein war früher die Ansicht verbreitet, der Gläubiger habe als Eigentümer die Gefahr getragen. So Büchel,[1]) weil «casum sentit dominus». Auch Conradi[2]) behandelt weitschweifig die Frage, ob diese Tragung der Gefahr nicht unbillig sei — ohne trotzdem zur richtigen Meinung zu kommen.

Noch in neuerer Zeit ist diese Theorie nicht ganz verschwunden. So bei Bassewitz;[3]) auch Rudorff[4]) meint wenigstens, dafs der Gläubiger bei der Pfandfiducia die Gefahr der Verschlechterung der Sache getragen habe, und in ähnlicher Weise behauptet Wächter,[5]) dafs ihm jedenfalls insoweit das periculum obgelegen habe, als der Wert der Sache eventuell vom Betrage der Forderung abgezogen worden sei. Erst dadurch, meint Wächter, würden die fünf aufeinanderfolgenden Reskripte l. 5—9 C. IV, 24 verständlich, in denen das beim pignus geltende umgekehrte Recht ausgesprochen werde — beim pignus, so heifse es, trage der Gläubiger nicht die Gefahr, weil casum sentit dominus. Als

---

1) a. a. O. S. 38.
2) a. a. O. S. 198, 223, 224.
3) a. a. O.
4) Röm R.-G. I, S. 49.
5) Archiv XV, S. 135.

Grund für diese Behandlung will Wächter nur nicht das Eigentum angesehen wissen, denn das könne die von ihm behauptete Aufhebung der Obligation nicht begründen, sondern «in der gröfseren Begünstigung und Sicherheit des Gläubigers, welche er durch die fiducia bekomme, würde hier der Grund der teilweise (!) auf ihn übergehenden Gefahr liegen».

Noch weiter geht mit Conradi, Glück[1]) — in allen Fällen der fiducia trage der Gläubiger die volle Gefahr und müsse bei Untergang der Sache Ersatz geben, auch über den Betrag der ursprünglichen Forderung hinaus, wenn das Objekt mehr wert sei. Hiergegen protestiert dann Wächter (a. a. O.) in der Weise, dafs man höchstens den Betrag der Forderung verlieren könne.

Bei Conradi findet sich übrigens die seltsame Behauptung, dafs, wenn die fiduziierte Sache nur verschlechtert und in diesem Zustande nachher remancipiert sei, fortan die Schadensersatzpflicht aufhöre, weil ja nun der Schade ex post facto als dem Eigentümer geschehen anzusehen sei. Eine wirklich klassische Beweisführung!

2) Von andern Gesichtspunkten geht Unterholzner[1]) aus. Bei unverschuldetem Verlust sei der Gläubiger zwar nicht zum Ersatz verpflichtet, verliere aber das auf die Sache geborgte Geld, indem dasselbe aus dem Gesichtspunkte eines Kaufpreises zu betrachten sei, und ihm daher natürlich (!), nachdem der Rückkauf unmöglich geworden sei, nicht wieder erstattet werde. Diese seltsame Behauptung leitet Unterholzner aus § 4 J. II, 14 ab, wo behauptet werde, weil das pignus die utilitas beider Kontrahenten in sich enthalte, so müsse man entscheiden

> «sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet».

Ebenso komme in Betracht l. 9 C. IV, 24 (pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire in dubium non venit).

Diese Theorie der fiducia als eines «Kaufs gegen Rückkauf» ist auch sonst mehrfach vertreten worden — so

---

1) Kommentar XVII, 271.
2) Schuldverhältnisse II. S. 852.

von Büchel,[1]) Hugo[2]) und Voigt. Letzterer bezeichnet die fiducia an einer Stelle[3]) als einen Kauf mit Rückkauf, während er an einer andern[4]) die etwaige Rückzahlung der Forderung durch den debitor «pretium remancipationis» nennt.

Gegen diese Anschauung erklärt sich Dernburg[5]). Die fiducia sei nicht Kauf auf Rückkauf; durch zufälligen Untergang der Sache bleibe die Forderung ungeschmälert, während beim Kauf auf Wiederkauf der Käufer gar keine Forderung mehr haben könne. Ebenso trage der Gläubiger nicht die Gefahr, denn er bleibe Gläubiger.[6])

Auch uns erscheinen alle jene Anschauungen der Älteren als völlig unhaltbar. Die angerufenen Quellenstellen beweisen nicht das mindeste. Wenn der § 4 J. cit. aus der beim pignus vorhandenen beiderseitigen utilitas argumentiert, so ist doch eine solche auch bei der fiducia anzunehmen und in den Quellen anerkannt. (Coll. X, 2, § 2.) Auch in der Codexstelle ist nichts weiter gesagt, als dafs das pignus schon deshalb auf Gefahr des Schuldners stehe, weil es nicht im Eigentum des Gläubigers sich befinde; dafs aber nicht bei der fiducia aus andern Gründen dasselbe gelte, ist in dem Citat keineswegs enthalten.

Der Grundsatz von Treu und Glauben, von beiderseitiger Gerechtigkeit, wie ihn auch die Stelle der Collatio offen aufstellt, würde aufs gröblichste verletzt, wenn man dem Gläubiger den ganzen casus aufbürdete. Denn er ist zwar Eigentümer der Sache, übt aber das Eigentum doch zugleich im Interesse des Verpfänders aus, der durch die von jenem geernteten Früchte, durch den für die Sache erzielten Erlös seiner Verpflichtungen enthoben wird.

Die Regel «casum sentit dominus» aber ist schon längst als falsch erkannt — nicht nur beim Kauf wird sie in bedeut-

---

1) de fiducia S. 38.
2) Röm. R.-Gesch. I, 232 (Aufl. VII).
3) Ius naturale II, 939.
4) Zwölftafeln II, 183.
5) S. 12.
6) S. 14.

samer Weise durchbrochen, ebenso möglicherweise beim depositum und in zahlreichen andern Fällen. (cf. auch beim malae fidei possessor nach der litis contestatio.)

Und gerade in allen den unserer fiducia so nahe verwandten Fällen, wo man jemandem das Eigentum einer Sache lediglich zu dem Zwecke überträgt, es zu unseren Gunsten auszuüben, wäre es doch summa iniuria, diesen «fiduciarischen Eigentümern», Treuhändern, ohne weiteres die Gefahr aufzubürden.

Selbst wenn man aber den Grundsatz casum sentit dominus auf unseren Fall anwenden würde, so käme man doch nur zu folgendem Resultat: das Eigentum des Fiduciars erlischt freilich, schon weil ihm fürderhin das Objekt mangeln würde. Die actio aber, mit welcher allein der Verpfänder die Zurückerstattung der Sache zu fordern hatte, war die actio fiduciae. Diese aber war bonae fidei; der Fiduciar ward aus ihr nur dann verhaftet, wenn er nicht so gehandelt hatte, ut inter bonos bene agier oportet. Bei einer aber so extrem auf das subjektive Moment des Verschuldens zugeschnittenen Klage ist von einer Haftung des Beklagten dann keine Rede, wenn er nur durch puren Zufall an Restitution der Sache gehindert wird. Eine andere Klage aber, mit der der Fiduciant den Wert der casu untergegangenen Sache zurückverlangen könnte, hat noch keiner unserer geschätzten Gegner namhaft zu machen versucht.

Dies hat auch Wächter richtig gefühlt. Nur auf seine Forderung soll sich nach ihm daher der Gläubiger den Wert der untergegangenen Sache anzurechnen haben. Aber wie soll das geltend gemacht werden? Etwa mit der exceptio doli? Das wäre doch eine seltsame Vorstellung, da es sich ja gerade um einen reinen casus, des vollkommenen Gegenteil des dolus, handelt.

Es bleibt sonach nur das Argument übrig, dafs die fiduciae datio auf das Bestehen der versicherten Forderung selbst einwirke.

Auch diese Anschauung kann nur entschieden bestritten werden. Fehlt doch aller und jeder innere Grund für dieselbe; wie in so vielen Punkten unserer Abhandlung, stofsen wir auch in ihr auf eine Behauptung, für die noch nicht der

Schatten eines Beweises erbracht ist. Dagegen wird dieselbe durch das vorhandene Quellenmaterial direkt widerlegt — nach ihm bleibt die Forderung, wie beim gewöhnlichen Pfandrecht, ruhig bestehen. Hierfür kann man sich zunächst auf den Sprachgebrauch berufen, der an sehr zahlreichen Stellen auch nach der fiduciae datio von creditor und debitor redet — nach der Auffassung der Gegner eine höchst ungenaue Redeweise. So z. B. allein bei Paulus: V, 26, § 4; tit. II, 13 in §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, — d. h. fast in jedem Satze.

Ferner l. 22 pr. D. XIII, 7:

> «si furti egerit creditor»; «debito eum imputare . .»; «culpa creditoris»; «quod ipse debitor praestitit creditori . .»; «an debito sit imputandum.»

Cfr. auch §§ 2, 3, 4 daselbst; l. 24 § 1, 2 ebenda u. s. w. Mit einer solchen Unbefangenheit jene termini noch immerwährend anzuwenden, wäre den römischen Juristen unmöglich gewesen, wenn jene Vorstellung die ihre gewesen wäre.

Auch der materielle Inhalt der Stellen spricht für uns, namentlich l. 22 pr. cit; Lenel a. a. O. S. 109. Wie kann von einer Anrechnuug auf das debitum gesprochen werden, wenn jenes selbst nicht mehr besteht?

Wie wenig die verwandte Behauptung vom Kauf auf Rückkauf Berechtigung hat, ergiebt sich aus l. 24 pr. D. 13, 7 — die dort angegebene impetratio possessionis ist nur verständlich für den Fall, dafs der Fiduciar keinen Käufer gefunden hat und sich nun das Pfand selbst zuschlagen läfst. War er aber schon Käufer, so bleibt dafür kein Raum — denn dann ist ja seine Forderung erloschen und es fehlt ihm jeder Titel, jetzt kurzer Hand auf sie zurückzugreifen. Aus der impetratio possessionis folgt nun freilich der Untergang der Forderung — videtur a contractu recessum, wie es in der Stelle heifst — also nicht aus dem früheren Akt der Fiduziierung; jetzt erhält der Fiduciar im Fall der Eviktion eine actio utilis ex emto, die er im Fall die fiducia einen Kauf auf Rückkauf enthalten hätte, schon aus ihrem Abschlufs hätte herleiten können.

Und wie soll jener Kauf konstruiert werden? Man müfste ihn doch aus der mancipatio herleiten, bei der dann die zu

sichernde Forderung als Kaufpreis zu erscheinen hätte. Letzteres steht aber mit den erhaltenen Urkunden völlig in Widerspruch — jene Forderung wird im Akt zwar erwähnt (ob sestertios), hat aber mit dem pretium mancipationis nichts zu thun. Als dieses erscheint durchweg der numus unus. Man sage nicht, dafs auch bei wirklichen Käufen der Preis nicht formell diese Funktion zu erfüllen nötig hatte und auch bei ihnen der numus unus habe auftreten können — wollte man den wahren Preis verschleiern, so wird man ihn gewifs nicht in demselben Instrument offen aufgedeckt haben, wie es hier mit der Forderung geschieht.

Auch Rudorffs Ansicht, dafs der Fiduciar die Gefahr hinsichtlich der Verschlechterungen getragen habe, ist nicht zu billigen. Soll das nur heifsen, dafs durch die Entwertung des Pfandobjektes die reale Sicherung des Gläubigers eine mindere wurde, so ist das zu selbstverständlich, zu trivial, um einer Hervorhebung wert zu sein. Soll es aber bedeuten, dafs diese Wertverminderungen die Summe der Forderung verringert hätten, so ist es einfach falsch und wird indirekt schon dadurch widerlegt, dafs umgekehrt die Verbesserungen und Erträgnisse der Sache dem Gläubiger nicht zu gute kommen.

Wenn danach aber auch das Forderungsrecht des Fiduciars an sich unberührt bleibt, so steht auf einem andern Brett die Frage, ob er den Schuldner trotz gegebener fiducia auch ausklagen könne. Dies meint Scheurl.[1] Ipso iure wird ihm auch sicherlich die Macht dazu nicht abzusprechen sein. Aber ganz evident scheint es uns zu sein, dafs der Schuldner einem solchen Beginnen die exceptio doli entgegensetzen konnte. Auch verstiefs der Gläubiger, der gegebenenfalls nicht zuerst aus der fiduciae erhaltenen Sache Befriedigung suchte, gegen das «ut inter bonos bene agier oportet» und setzte sich damit einer actio fiduciae des Schuldners aus, die sehr unangenehme Folgen für ihn haben konnte.

Scheurl kommt freilich auf einem Umwege zu demselben Resultate. Der Prätor, so meint er, habe dem Gläubiger schwerlich die manus iniectio zugebilligt. Habe sich doch andernfalls derselbe durch Rechtlosmachung des Schuldners

[1] Krit. Vierteljahrsschr II, 419.

jeder Verpflichtung zur Rückgabe der fiduziierten Sache entledigen können. Für die Legisactionen-Zeit mag das richtig sein — wenn nicht damals einfach Verweigerung der actio eintrat.

Bei diesem Paragrapheu sei die Bemerkung gestattet, dafs Muther[1]) in der fiducia die — arrha findet bezw. beide zusammenstellen will. Mit Recht hat sich Rein[2]) gegen diese überraschende «Entdeckung» gewendet. Die fiducia sei, wie schon der Name andeute, etwas specifisch Römisches, dem Worte arrha wohne semitischer Ursprung inne. Die Quellen bezögen die arrha fafst ausschliefslich auf den Kauf; sie sei ihnen eine zur Sicherung des Geschäftes gemachte Nebenbestimmung. Bei der fiducia sei von alledem keine Rede.

§ 24. Einflufs des quaestus auf das bisherige Forderungsrecht.

Zwar nicht immer, aber doch häufig wird der Fiduciar auch den realen Besitz und die Nutzung der mancipierten Sache erhalten haben. War jene ein Sklave oder ein fruchttragendes oder Mietsgrundstück, so war er in der Lage, aus ihr fructus und andern quaestus zu ziehen, er konnte einen Schatz finden; die Sache konnte sich durch Zuwüchse vergröfsern u. s. w. Als Eigentümer der Hauptsache hinderte ihn dann nichts, auch an allen diesen Erträgnissen Eigentum zu erwerben. Eine andere Frage aber ist es, ob er dieselben auch dem ökonomischen Effekt nach endgültig lukrieren durfte?

Hierüber finden wir eine ganze Reihe von Bestimmungen. Nach § 2 Paulus II, 13 minderte der durch den servus fiduciarius gemachte Erwerb das Kapital — quidquid creditor per servum fiduciarium quaesivit, sortem debiti minuit.

Weitere Bestimmungen enthält l. 22 D. 13, 7 cit.

a) Einzurechnen ist alles, was der creditior mittels actio furti oder condictio furtiva erhalten hat.

b) Eine Ausnahme davon bildet das, was er vom debitor selbst mit der actio furti eingetrieben; ob sich das mit der condictio furtiva ebenso verhält, ist nicht ausdrücklich ent-

[1]) Sequestration a. a. O.

[2]) Privatrecht S, 350.

schieden; jedoch dürfte hier umgekehrt zu entscheiden sein — denn nachdem Ulpian die Frage aufgeworfen hat, wie es mit beiden Klagen im Fall eines furtum seitens des debitor selbst zu halten sei, antwortet er:

et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit.

Da er dies lediglich als Ausnahme behandelt und sich über die condictio ausschweigt, scheint er diese nach der Regel behandelt wissen zu wollen. Dieser Unterschied hat auch seine innere Begründung, indem die condictio nicht zur Bereicherung des Bestohlenen dienen soll.

c) Ebensowenig braucht der Gläubiger das zurückzugeben, was ihm der Schuldner mit der actio quod metus hat herausgeben müssen, also eventl. das quadruplum. War die actio quod metus gegen Dritte gerichtet, so kann die Einrechnung in das debitum nach Analogie des für die actio furti Gesagten keinem Zweifel unterliegen.

Alle diese Enscheidungen lassen sich nun unschwer als Ausflüsse eines Princips erkennen, das wir etwa dahin zu formulieren haben: Alles, was der Gläubignr aus der fiduziierten Sache gewinnt, soll von der Forderung abgezogen werden, da er sich sonst unrechtmäfsig bereichern würde. Nur was er auf Grund seines Rechtes aus einer actio poenalis vom Schuldner erhalten hat, fällt nicht hierunter, da sonst die poena des Schuldners in Wahrheit denselben gar nicht treffen würde. Nicht in favorem creditoris, sondern in odium debitoris ist diese Ausnahme daher anerkannt — und zwar mit gutem Grund.

Der Schuldner hat daher vom quaestus aus der Sache den gleichen Vorteil, als wenn er sie nicht fiduciae causa fortgegeben hätte; unter Umständen noch mehr: denn wenn er malae fidei possessor war, würde er an den Früchten kein Eigentum erlangt haben, während jetzt seine Schuld um den Betrag derselben vermindert wird (l. 22 § 2 cit.). Wie den anderweitigen Erwerb hat man jedenfalls auch eine dem servus fiduciarius etwa anfallende Erbschaft behandelt; dagegen ein jenem zukommendes Vermächtnis soll nach Dernburg der creditor ursprünglich lukriert haben, was Scheurl S. 421 bestreitet.

Zweifelhaft mag erscheinen, ob das ganze von uns entwickelte «Princip» der fiducia von jeher eigentümlich gewesen sei oder erst das Produkt neuerer Entwicklung bildet? Gemeinhin neigt man sich der letzteren Anschauung zu — so Büchel,[1] Zachariae,[2] Sintenis[3] und Dernburg.[4] Die gegenteilige Ansicht vertritt v. Scheurl.[5]

Büchel macht geltend, dafs die ursprüngliche actio fiduciae nur auf remancipatio gegangen sei, nicht auf Ersatz der Früchte, noch weniger sei danach anzunehmen, dafs letztere ipso iure die Forderung gemindert hätten. Sintenis schreibt unseren Grundsatz dem späteren Einflusse des Rechts des pignus auf die Ausbildung der fiducia zu. Nach Scheurl entspringt derselbe dagegen schon aus der allgemeinen Natur des Institutes.

Wir glauben der herrschenden Ansicht beistimmen zu müssen. Die älteste actio fiduciae, ausschliefslich auf die Worte der mancipatio gestützt, konnte lediglich auf das remancipare gehen, andere Zwecke damit zu erreichen, war anfangs unthunlich; eine solche von selbst eintretende Tilgung einer Forderung entsprach nicht den alten Rechtsanschauungen, welche zur Beendigung einer obligatio nicht minder wie zur Entstehung einen Formalakt forderten. Bald wurde diese Klage freilich erweitert und die Verflichtungen des Fiduciars auf Grund der Regel «ut inter bonos bene agier oportet» schärfer ausgebildet. Schon damals mochte sich — und wir stehen nicht an, das für wahrscheinlich zu erachten — der Grundsatz ausbilden, dafs es der bona fides nicht entspreche, einerseits die Nutzungen der Sache zu lukrieren, andererseits etwaige Zinsen u. dergl. von seiner Forderung demungeachtet einzunehmen. Dafs es eines Einflusses des pignus bedurft habe, um dieser Anschauung zum Durchbruch zu verhelfen, glauben wir nicht. Mit Recht erklärt Dernburg[6] eine solche Bedeutung des jüngeren Rechtsinstitutes auf die Fortbildung

[1] de fiducia S. 33.
[2] S. 25.
[3] Pfandrecht S. 195.
[4] a. a. O.
[5] a. a. O.
[6] a. a. O.

des älteren für höchst unwahrscheinlich, während das Umgekehrte viel eher anzunehmen sei.

Wie der quaestus wirkt natürlich auf das bisherige Forderungsrecht auch der aus einem Verkauf der fiduziierten Sache erzielte Erlös: er mindert die Schuld und gewährt eventl. dem Fiducianten einen Anspruch auf die hyperocha. Allein auch dies kann keinesfalls von jeher so gewesen sein, nach den soeben angeführten Gründen. In alter Zeit bedurfte es wohl auch für diesen Fall eines besonderen Erlasses der Forderung seitens des Fiduciars (durch acceptilatio etc.), zu dem er freilich vielleicht durch die Fiduciarklage genötigt werden konnte. Klagte er seinerseits noch, so konnte dem Schuldner nur durch den Umweg einer exceptio doli, bezw. durch Verweigerung der manus iniectio seitens des Prätors, geholfen werden. Cfr. auch §§ 23 u. 25.

Sehr zu beklagen bleibt es, daſs uns die Geringfügigkeit unseres Materials nicht gestattet, auf diese so interessante und wichtige Frage näher einzugehen. Auch der weitere, von Büchel[1]) angeregte Punkt, ob sich nicht das Institut der Antichresis bei der fiducia zuerst ausgebildet habe, bezw. ob dieselbe bei ihr überhaupt habe zur Anwendung kommen können, ist für uns zur Zeit in tiefes Dunkel gehüllt. Für sonderlich wahrscheinlich halten wir ersteres freilich nicht; bei altrömischen Rechtsinstituten würde man auch um altrömische Namen nicht verlegen gewesen sein.

Jedenfalls scheint sich die Haftung des Gläubigers für den quaestus zuerst in der Weise entwickelt zu haben, daſs er mit der actio fiduciae neben der Sachrestitution zugleich zur Herausgabe des gezogenen Gewinnes genötigt wurde. Letzteren mit der — von der fiducia an sich unabhängigen — alten Forderung direkt in Verbindung zu setzen, scheint uns ein feinerer Gedanke neueren Rechtes. Er mag sich zunächst in der Gestalt Bahn gebrochen haben, daſs man der Kontraktsklage eine exceptio doli entgegensetzte. Erst später wird man dazu übergegangen sein, die Forderung um den Betrag des quaestus ohne weiteres für gemindert zu erachten.

Nun hatte der Schuldner aber nicht nur quaestus und Vor-

---

[1]) S. 37.

teile von seinem Eigentumsrecht, sondern es lag ihm auf der andern Seite als Eigentümer auch die Tragung der Lasten und Abgaben ob. Ebenso war es häufig vorgekommen, dafs er auf das Pfandobjekt Aufwendungen zu machen hatte. Wegen dieser durfte er, wie wir noch sehen werden, mit der actio fiduciae contraria Ersatz verlangen, § 7 Paulus II, 13; l. 8 pr., § 5 D. XIII, 7, aber ebenso würde man ihm schon der Konzinnität halber das Recht zugesprochen haben, ihren Betrag einfach zur Höhe der Forderung zuzuschlagen. Den quellenmäfsigen Beweis für diese Behauptung entnehmen wir der l. 8 § 5 D. XIII, 7, in der die Zulässigkeit des Verkaufs der res fiduciae data auch wegen der Impensen anerkannt wird.

Zweifelhaft mag erscheinen, wie es in diesen Punkten bei der Freundschaftsfiducia zu halten sei? v. Bassewitz[1]) nimmt hier an, dafs dem amicus das Gebrauch- und Nutzungsrecht zustehe. An sich gewifs — aber wir glauben kaum, dafs man es als der fides des Vertrages entsprechend angesehen haben wird, dafs der amicus sich auf Kosten des Fiducianten vielleicht aufs ungebührlichste bereicherte. Nur kann das hier nicht die — nicht bestehende — Forderung mindern, sondern mufs mit der actio fiduciae eingetrieben werden, wie auch umgekehrt der amicus nur mit der a. fid. contraria die Impensen und Abgaben ersetzt verlangen kann.

Die dem Eigentümer als solchem zukommende Schatzhälfte mufs in allen Beziehungen dem quaestus ex re gleichgeachtet werden; nicht aber die andere Hälfte, welche der Fiduciar qua Finder erwirbt.

§ 25. Der Fiduciaranspruch des Schuldners.

Aus dem Fiduciargeschäft entsprangen zwar beiderseitige Rechte und Pflichten; es liegt aber auf der Hand, dafs ihr Vorhandensein nur für den einen der beiden wesentliches, dem Vertrage immanentes Erfordernis sein konnte — für den Schuldner, denn der Gläubiger war durch das erlangte Eigentum genügend gesichert; das pactum fiduciae

[1]) a. a. O. S. 19.

sollte wesentlich nur das im Vergleich zu den zu Grunde liegenden Zwecken allzu grofse Mafs von Rechten, die er dadurch erlangte, einschränken. Der Anspruch des Schuldners war dem Geschäft essentiell, der daneben möglicherweise noch entstehende des Gläubigers lediglich accidentell.

Wie gestaltet sich nun der erstere Anspruch?

Die Antwort auf diese Frage hängt mit der Grundanschauung über unser Institut zusammen. Wer mit uns eine Entwicklung desselben in der oben geschilderten Weise annimmt, mufs auch zum gleichen Resultat hinsichtlich dieses Anspruches kommen. Das alte strenge Civilrecht konnte nur auf die Worte fidei fiduciae causa Wert legen, während sonstige Vereinbarungen höchstens mit Beweiskraft in Betracht kommen konnten. Damals ging der Anspruch des Fiducianten nur darauf, dafs der Gläubiger handle, wie es der fides fiducia entsprach.

Hierin lag der Ursprung des «ut inter bonos bene agier oportet». Dafs diese Worte sich aus der Sitte heraus bildeten, nicht auf das, was im besonderen pactum vereinbart war, zurückgingen, bezeugt uns sehr gut Ciceros daran geknüpfte Bemerkung «sed quid sit bene agere, magna quaestio est». Wäre der Ursprung des Anspruchs im pactum zu suchen, welches die Bedingungen für den einzelnen Fall möglichst genau feststellen konnte und jedenfalls auch wirklich festzustellen pflegte — im eigenen Interesse der Kontrahenten — so hätte es eines solchen Zweifels nicht bedurft; nur wenn die rechtliche Verpflichtung auf etwas Allgemeines ging, mit dem die besonderen Eigentümlichkeiten des einzelnen Falls nicht abgethan waren, hatte die Frage Sinn. Alles das ist ein nicht zu unterschätzendes Moment zu Gunsten unserer Theorie. Kam die Frage aber einmal zum Austrag, so lag es nahe, die Absicht der Parteien und die konkrete Art der Verpflichtung aus dem an sich freilich nicht klagbaren pactum zu ergänzen; es gab dem Richter die besten Fingerzeige, in welcher Richtung er in concreto die Pflicht der Parteien zum bene agier näher zu suchen habe.

Dies bildete sich zunächst durch die Praxis mehr und mehr aus; mit der Zeit aber nahm der Prätor gemäfs seiner rechtsbildenden Thätigkeit sich der Sache an und stützte auch de

iure den Anspruch des Fiducianten auf das pactum statt auf die allgemeinen, inhaltslosen Worte der nuncupatio.

Mit dieser Entwicklung hing die Umgestaltung der actio fiduciae in eine actio bonae fidei zusammen; dafs der bona fides beim Fiduciaranspruch mehr Spielraum gelassen werden mufste, folgte zunächst aus dem alten Civilrecht selbst — aus den Worten der nuncupatio, und erst mit der Zeit mag man dann aus der Not eine Tugend gemacht haben.

Eine ähnliche Entwicklung des Fiduciaranspruches haben auch andere Schriftsteller angenommen, aber doch zum Teil in von uns abweichender Weise. So Bachofen.[1] Die älteste fiducia ist nach ihm ein hartes, strenges Rechtsinstitut; der Gläubiger erwarb Eigentum ohne dafs ein Reluitionsrecht des Schuldners entstanden wäre; denn die nicht rechtzeitige Zahlung habe jenen sofort um alle Rückerstattungsanspruche gebracht. Erst durch den Einflufs des pignus habe sich dies Verhältnis gemildert und sei namentlich ein unbedingtes Luitionsrecht aufgekommen.

Indes mufs diese Darstellung doch mancherlei Bedenken wachrufen. Nicht mit Unrecht haben Scheurl[2]) und Dernburg[3]) betont, dafs zwar der Einflufs der fiducia auf die Entwicklung des pignus ein grofser gewesen sein möge, von einem solchen in umgekehrter Richtung aber schwerlich die Rede gewesen sein könne. Wer die Klagbarkeit der fiducia von vornherein in das pactum verlegt, mufs der Scheurlschen Ansicht ohne weiteres zustimmen; aber auch wer mit uns den Ursprung derselben in der mancipatio selbst sucht, mufs zugeben, dafs nichts «tam contrarium fidei fiduciae» sei, als die Nichtherausgabe der Sache nach Zahlung der Schuld. So wenig man annehmen darf, dafs alle einzelnen Verabredungen der Parteien sich rechtlich aus den Worten der nuncupatio rechtfertigen liefsen, — so z. B. schwerlich die Bestimmung, dafs die Sache an Dritte herausgegeben werden solle — so sehr mufs andererseits doch behauptet werden, dafs die remancipatio, nachdem die Sache soluta pecunia

---

1) S. 628.
1) a. a. O. S. 419.
2) S. 21 N. 41.

fürderhin sine causa beim Gläubiger sich befand, das erste und oberste Gebot der fides fiducia gewesen sei.

Übrigens steht Bachofen mit seiner Ansicht nicht allein. Wie wir fafst dagegen die Entwicklung Geib (a. a. O.) Jedenfalls war in der klassischen Zeit die Entwicklung dahin gelangt, dafs der Gläubiger zunächst so zu handeln hatte, wie es im pactum ausgemacht war, so dafs die Verpflichtung, so zu handeln, ut inter bonos bene agier oportet, nur noch subsidiäre Bedeutung hatte. Handelte der Fiduciar dem entgegen, so machte er sich dem Gegner haftbar, und zwar sowohl bei dolus als bei culpa levis. Hatte er doch aus dem Geschäfte in erster Reihe Vorteil!

Cfr. Collatio X, 2, § 2:

> «sic enim et in fiduciae iudicium .... dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.»

Hiernach haftet der Gläubiger insbesondere wegen schuldhafter Vernichtung oder Verschlechterung des Objektes, wegen ungetreuer Veräufserung oder Belastung desselben, wegen Mifsbrauchs etc. Hier tritt deutlich der Gegensatz des dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnisses hervor, fragm. Vatic. § 18. Interessant ist auch in dieser Hinsicht l. 24 § 3 D. XIII, 7; der Fiduciar haftet, si res male tractavit vel servos debilitavit. Doch ist ihm gestattet, die fiduziierten Sklaven eventuell zu züchtigen, oder behufs Bestrafung praefecturae vel praesidi offerre. Auf der andern Seite geht Ulpian für den Fall, dafs der Gläubiger die fiduziierte Sklavin zu einem unsittlichen Gewerbe nötigt, sogar so weit, das fiduziarische Recht dadurch ohne weiteres für erloschen zu erklären.

Ebenso haftet der Gläubiger für Impensen und Früchte, die er sich angeeignet, auch mit der actio fiduciae.

Fraglich mag dabei erscheinen, ob der fiduciarius amicus denselben Grund der Sorgsamkeit zu prästieren hat oder nicht vielmehr nur für culpa lata haftet. Denn, so mufs man sagen, er hat doch keinen Vorteil von dem Geschäfte und nur auf die utilitas ist die, dem Fiduciar jene Haftung aufbürdende Entscheidung abgestellt; aber cessante ratione legis cessat lex ipsa.

Gegen diese Meinung hat sich, unseres Erachtens mit

Unrecht, v. Bassewitz[1]) erklärt, aus der Anschauung heraus, dafs der amicus doch auch das Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht habe.

Indes ist diese Prämisse unbewiesen; aus dem Begriff der fiducia cum amico folgt ein solches Recht keineswegs. Sie ist überhaupt ein derartig allgemeiner Charakter, dafs sie die heterogensten Fälle umfafst, bei denen der amicus bald im eigenen Interesse, bald in dem des Fiduciars zu handeln hat. Danach läfst sich diese Frage allgemein keinesfalls zu Gunsten der Bassewitzschen Theorie entscheiden — nur wenn der Inhalt des konkreten pactum fiduciae oder die Natur des Falles danach ist, wird man dem Fiduciar die Nutzungen der Sache zuschreiben dürfen, und entsprechend darf man ihm auch nur dann die Haftung für culpa levis auferlegen, so in Fällen wie l. 18 § 1 D. de don. XXXIX, 5; wo in der fiducia zugleich eine donatio an den Fiduciar liegt. Anders bei der fiduciae datio zu Depositalzwecken.

Übereinstimmend mit uns Zachariae[2]) — der Fiduciar hafte insoweit für culpa levis, als er die Früchte erhalte, im übrigen nur für casus; ebenso Czyhlarz.[3])

Aus den bisher gedachten Gründen steht der Fiduciaranspruch dem Schuldner schlechthin zu, sein Recht verdichtet sich aber ferner noch, wenn die Schuld abbezahlt ist. Wie Zahlung wirkt die Thatsache, dafs die Summe der vom Gläubiger erworbenen Früchte und anderer anzurechnenden commoda ex re die Höhe der Schuld erreicht hat, und nicht minder steht einer Bezahlung gleich der rechtsgültige Erlafs, Vergleich, sowie ein vom Schuldner geleisteter Eid, er habe die Schuld beglichen. Letzteres besagt l. 40 D. XII, 2. Wie die Bezahlung wirkt ferner die Deposition des Geldes, fragm. Vatic. § 334. Jene Stelle erwähnt für diesen Fall[4]) eine denuntiatio an den Gläubiger, ne fiduciam distrahat, ein Akt, der auch durch Anstrengung eines Prozesses gegen ihn wirksam geschehen konnte. Folge war, dafs der trotzdem vom

---

[1]) a. a. O. S. 19.
[2]) a. a. O. S. 37.
[3]) Institutionen S. 166.
[4]) nach Huschkes Emendation.

Fiduciar gethätigte Verkauf der Sache nunmehr als contra bonam fidem angesehen wurde und ihn der Fiduciarklage aussetzte.

Hatte der Gläubiger nun aber ohne Verstoſs gegen seine Treupflicht verkauft, so ging der schuldnerische Anspruch fortan, wie beim pignus, auf den etwaigen Mehrerlös, die hyperocha.

§ 1 Paulus Sent. II, 13:

«debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem.»

Im übrigen hatte der Gläubiger natürlich mit dem Kaufpreis seine Forderung auszugleichen, reichte jener dazu nicht aus, so behielt er seine Forderung auf den Überrest.

Zweifelhaft kann dabei erscheinen, ob der Anspruch auf die hyperocha schon nach der alten actio in ius concepta, die nur auf remancipare ging, eingeklagt werden konnte? Wir denken uns für jene Zeit die Sache ähnlich, als wenn der Gläubiger überhaupt contra fidem contractus verkauft hatte — er war dann trotz des Verkaufes dem Remancipationsanspruche ausgesetzt und muſste, da er Naturalrestitution nicht leisten konnte, das Interesse bezw. die Differenz vergüten. Fernerhin läſst sich sogar die Herausgabe des Mehrerlöses auch ohne pactum schon aus den Worten der nuncupatio «fidei fiduciae causa» herauslesen.

Einen besonderen Fall behandelt l. 24 § 2 D. XIII, 7. Der Gläubiger hat die fiduziierte Sache teurer verkauft, als um den Betrag seiner Forderung, das Kaufgeld aber noch nicht einkassiert. Kann er nun sofort mit der actio fiduciae belangt werden ad superfluum reddendum?

Ulpian antwortet:

«et arbitror non esse urguendum ad solutionem creditorem, sed aut expectare debere debitorem aut, si non expectat, mandandas ei actiones adversus emtorem periculo tamen venditoris. quod si accepit suam pecuniam, superfluum reddit.

Aus dieser Stelle folgt auch, daſs die Kaufforderung des Fiduciars auf seiner Gefahr stand, es den Mancipanten also nichts anging, ob er wegen Insolvenz des Käufers oder aus einem andern Grunde nicht zu dem Seinen gelangte.

Ein besonderer Punkt ist der, ob der creditor die Sache auch verschleudern dürfe? Zu dieser etwas sonderbar klingenden Frage giebt uns die bätische Urkunde Veranlassung; cfr. Degenkolb a. a. O. S. 150. In dieser finden wir anerkannt, dafs der Fiduciar die Sache numo uno mancipieren dürfe (pluris n. u. invitus ne daret). Degenkolb nimmt an, dafs durch diesen Passus dem Gläubiger die Befugnis verliehen worden sei, zu jedem beliebigen Preise zu veräufsern, allenfalls zu verschleudern. Diese Auslegung mutet wenig an — sie würde sich doch mit dem obersten Grundsatz der fiducia in schriller Disharmonie befinden, und wenn es auch den Parteien freistand, die gesetzlichen Verpflichtungen durch Privatberedung abzuändern, so kann doch nimmermehr angenommen werden, dafs der fiduciae dans sich auf so perverse Vereinbarungen würde eingelassen haben, die ihn dem Effekte nach so ziemlich um alle Ansprüche bringen konnten.

Und eine solche Auslegung der Worte ist keineswegs notwendig! U. E. zeigt der Passus nur, dafs es auch einen Kauf gab, der formell mittels einer mancipatio numo uno gethätigt wurde. Dieser Verkauf hatte für den Verkäufer den Vorteil, dafs er nicht der actio auctoritatis unterliegen konnte, da diese auf das Doppelte des pretium mancipationis ging. Die Klausel gewährt also nur dem Fiduciar die Freiheit, auch in dieser Weise zu verkaufen. Nötig war sie wohl um dessetwillen, weil aus naheliegenden Gründen die Käufer bei einer derartigen Art des Kaufs ohne die gesetzlichen Garantien schwerlich sich zu Geboten von gleicher Höhe wie sonst herbeigelassen haben werden.

Die bätische Urkunde zeigt uns noch eine andre Bestimmung — der Gläubiger soll verkaufen «pecunia praesenti», gegen bar. Degenkolb fafst das nur als Recht, nicht als Pflicht des Gläubigers, was wir nach dem Wortlaut der Stelle kaum für richtig halten. An sich war eine solche Verpflichtung gewifs nicht vorhanden, wenngleich man im Verkauf einer wertvollen Sache auf Kredit an einen notorisch insolventen Menschen unter Umständen einen Verstofs gegen das «inter bonos bene agier» erblickt haben mag.

Rudorff [1]) will dem Verpfänder bei Mifsbrauch der

[1]) Zeitschr. f. R.-G. XI, S. 60.

Sache seitens des Gläubigers auch noch die Diebsklage zubilligen — schwerlich mit Recht, da jener an sich suam rem neglexit; er war nicht nur Eigentümer, sondern auch zum usus und zur possessio der Sache vollkommen befugt. Unter welchen Fall des furtum hätte man somit sein Thun bringen sollen? Die von Rudorff angerufenen Stellen können nichts für seine Theorie beweisen (l. 16 D. XIII, 1 und l. 73 D. XLVII, 2); innere Gründe sprechen nicht für dieselbe, da der Verpfänder durch die actio fiduciae hinlänglich geschützt war.

§ 26: Insbesondere vom Verkaufsrecht des Pfandgläubigers und seinen Einschränkungen.

Die Verkaufsmacht hatte der Gläubiger, wie wir sahen, kraft seines dinglichen Rechtes. Aber damit ist nicht gesagt, dafs er sie auch vom obligatorischen Standpunkt aus ausüben durfte. Im Gegenteil geht schon aus dem Gesagten hervor, dafs ihm nach dieser Seite hin die Befugnis so lange versagt war, als die Schuld entweder noch nicht fällig oder aber schon bezahlt war. Trafen diese beiden Hemmnisse nicht zu, so darf ihm aber an sich eine Verkaufsbefugnis nicht verwehrt werden.

Ob das letztere aber schon von jeher so war oder sich erst als eine Neuerung jüngerer Rechtsentwicklung darstellt, ist nicht unbestritten. Gewöhnlich wird einfach dem Gläubiger die Verkaufsbefugnis zugeschrieben, ohne zwischen den verschiedenen Entwicklungsperioden einen Unterschied zu machen. Dagegen behauptet Muther,[1]) dafs in der ältesten Zeit zur Zulassung der Veräufserung ein besonderes pactum de vendendo erforderlich gewesen sei, weil dem Pfandrecht als solchem noch kein Verkaufsrecht immanent gewesen sei. Auch Sintenis[2]) sieht in der Befugnis zum Pfandverkauf ein Produkt der neueren Zeit. Über Dernburgs ähnliche Ansicht des Zusammenhanges wegen weiter unten.

Wir können dem nicht zustimmen. Die Argumentation aus dem Begriff des Pfandrechtes ist denkbar unglücklich,

[1]) Sequestration S. 379.
[2]) Pfandrecht S. 196.

denn ein eigentliches Pfandrecht ist die fiducia gar nicht, und beim pignus mag das Requisit der besonderen Beifügung des pactum venditionis in der älteren Zeit sich historisch aus seiner Entstehung erklären. Das pignus war zunächst ein mehr faktisches Verhältnis, dem erst der Prätor rechtlichen Schutz verlieh, und bei einem solchen Institut mag den Römern die Macht, viel weniger aber die Befugnis zum Verkauf theoretische Schwierigkeiten bereitet haben.

Bei der fiducia aber, die in der ältesten Zeit die Beifügung eines direkt bindenden pactum gar nicht vertrug, kann man die Verkaufsbefugnis nur dann für ausgeschlossen erachten, wenn sie dem inter bonos bene agier widersprach, was an sich gewifs nicht behauptet werden kann. Wozu war denn dem Gläubiger die Sache übereignet, als um sich aus derselben für eine ihm zustehende Forderung Befriedigung zu verschaffen, und welches Verfahren war zur Erzielung dieses Erfolges wohl geeigneter, als ein Verkauf des fiduziierten Objektes?

War dies schon im älteren Recht so, so hatte sich das Verhältnis jedenfalls in der klassischen Zeit derartig gestaltet, dafs dem Fiduciar schlechthin die Veräufserungsbefugnis zustand, eine Befugnis, die ihm nach § 5 Paulus Sent. II, 13 selbst durch pactum de non vendendo nicht genommen werden konnte:

> «si inter creditorem et debitorem convenerit ut fiduciam sibi vendere non liceret, non solvente debitore, creditor denuntiare ei solenniter potest et distrahere; nec enim ex enim tali conventione fiduciae actio nasci potest.[1])

Leider bleibt auch hierbei mancherlei zweifelhaft; insbesondere, was das denuntiare solenniter bedeute. Beim pignus ist bekanntlich eine einmalige, bei voraufgegangenem pactum de non vendendo eine dreimalige denuntiatio notwendig.

Conradi[2]) nimmt nun auf Grund dessen an, dafs auch

---

[1]) cf. Puchta, Institutionen § 247. Übrigens resultiert aus dem Schlufssatz der Stelle auch wieder, dafs von einer dinglichen Ungiltigkeit des Vertrages, auch im andern Fall nicht hätte die Rede sein können.

[2]) S. 228.

bei der fiducia, im Fall kein besonderes pactum de vendendo beigefügt worden sei, eine dreimalige Benachrichtigung erfordert werde. Er beruft sich dafür noch auf § 1 Paulus II, 5. Ob gar keine Abrede oder ein pactum de non vendendo getroffen sei, mache dabei keinen Unterschied. Denn das solenniter habe die technische Bedeutung der dreimaligen denuntiatio kennzeichnen sollen. Nicht auf das pactum de non vendendo werde bei Paulus die Pflicht zur dreimaligen denuntiatio zurückgeführt, sondern darauf, dafs «simpliciter sibi pignus depositum» sei, d. h. ohne besondere Verkaufsberedung. Ähnlich Noodt, Schulting[1]) und andere Ältere. Noch weiter gehen Huschke[2]) und Zachariae,[3]) nach denen überhaupt eine dreimalige denuntiatio notwendig gewesen sein soll — mit der nichtssagenden Begründung, dafs die fiducia für den Schuldner ja noch gefährlicher gewesen sei als das pignus. Noch anders Büchel,[4]) der im allgemeinen eine dreimalige, bei zugefügtem pactum de vendendo aber nur eine einmalige denuntiatio erfordert. Warnkönig[5]) nimmt nur für den Fall des pactum de non vendendo eine dreimalige Anzeigepflicht an; nach dem Vorgange Älterer liest er bei Paulus solenniter = solenniter ter.

Die neuere Doktrin hat sich von allen diesen Anschauungen abgewendet; cfr. insbesondere Dernburg.[6])

Hierher gehört auch Keller,[7]) der keine denuntiatio erfordert, aufser im Fall des pactum de non vendendo, da die fiducia die Verkaufsbefugnis in sich selbst trage. (N.B. in dieser Begründung liegt doch eine Verwechselung des rechtlichen Könnens und Dürfens; so leicht läfst sich die Sache nicht abthun.) Wie Keller, Bachofen.[8]) Auch er erklärt zum Unterschiede vom pignus eine denuntiatio für unnötig, sofern nicht durch das p. d. n. v. eine einmalige nötig ge-

---

1) Jurisprud. Anteiust. S. 285.
2) Nexum S. 77.
3) a. a. O. S. 25.
4) S. 38.
5) Archiv 24, S. 341.
6) a. a. O.
7) a. a. O. S. 1019.
8) S. 629.

worden sei. Daran habe auch die sonst durch den Einflufs des pignus erfolgte Umgestaltung des Institutes nichts geändert, da jener Unterschied sich aus dem Eigentum als notwendiger Ausflufs ergebe. (Die gleiche Verwechslung wie bei Keller!)

Wir glauben gleichfalls zunächst einen Unterschied machen zu müssen zwischen dem Fall eines abgeschlossenen pactum de non vendendo und den übrigen Fällen.

Letzterenfalls ergiebt sich Recht und Pflicht des Fiduciars aus der fides. Er mufs handeln ut inter bonos bene agier oportet, bezw. wie es ihm das besondere pactum vorschreibt, und zu dieser Pflicht kann unter Umständen ein Verkauf gehören — so bei Preisschwankungen und überhaupt bei nicht fruchttragenden Sachen —, unter Umständen kann das Gegenteil der Fall sein, so wenn es sich um ein wegen einer niedrigen Schuld zur Fiducia gegebenes wertvolles Grundstück handelt, dessen Einkünfte vielleicht in 1—2 Jahren die ganze Forderung samt Zinsen tilgen müssen. Insbesondere aber wird es fast in allen Fällen als Verstofs gegen die Treupflicht zu gelten haben, wenn der Gläubiger zum Verkaufe schreitet, ohne dem Schuldner vorher Anzeige zu machen und ihm somit die vielleicht überaus erwünschte Gelegenheit zu nehmen droht, die Sache direkt oder durch Aufnahme eines anderweitigen Kredits einzulösen. Aus der fides läfst sich die Pflicht zur denuntiatio wenigstens für die Mehrzahl der Fälle ohne weiteres ableiten.

Wesentlich übereinstimmend mit dem Gesagten Rein [1]) und Krüger. [2]) Voigt [3]) nimmt eine «Luitionsfrist» an, nach deren Ablauf das Pfand verkauft werden konnte. Wir glauben, dafs es auch hier wesentlich auf die fides ankam, später auf den Inhalt des pactum.

Dagegen widerspricht auf der andern Seite ein Verkauf dem Wesen der fiducia nicht, was gegen Rudorffs [4]) Widerspruch entschieden behauptet werden mufs. Das Eigentum

---

1) Privatrecht S. 350.
2) Krit. Vers. S. 51.
3) Zwölf Tafeln II, 185.
4) Z. Schr. XI, 84.

hat der Schuldner ja doch schon hergegeben, und seine Hoffnung auf Wiedererstattung ist von seiner Zahlungsfähigkeit abhängig. Von einer Vermittelung des Verkaufsrechtes durch vorheriges pactum kann daher keine Rede sein. A. A. auch Schulin S. 426.

Schwerlich wird man daher Dernburg[1]) beistimmen dürfen, nach dem in der älteren Zeit ein Verkauf der fiducia als Verstofs gegen das Wesen der fides angesehen wurde; noch weniger Hölder,[2]) der die Notwendigkeit eines solchen pactum de vendendo ganz allgemein lehrt. Um den Verkauf statthaft erscheinen zu lassen, habe es daher damals immer eines pactum de vendendo bedurft, und wider einen gegen das ausdrücklich beigefügte pactum de non vendendo gethätigten Verkauf habe dem Schuldner sicherlich die actio fiduciae zugestanden. In der Kaiserzeit hat sich das Verhältnis nach Dernburg zwar geändert, jedoch hält er anscheinend eine denuntiatio auch jetzt noch für schlechthin erforderlich.

Gegen Dernburg erklärt sich v. Scheurl.[3]) Es spricht gegen jenen übrigens aufser dem zu Eingang des Paragraphen Gesagten namentlich der Umstand, dafs gerade bei den «veteres» ein solches pactum, sei es de vendendo oder de non vendendo, nicht klagbar sein konnte.[4])

b) Ein zweiter denkbarer Fall ist der, dafs ein besonderes pactum de non vendendo beigefügt ist. Beim pignus mufste dann eine dreimalige Anzeige vorhergehen — sollte das nicht auf einer analogen Erscheinung bei der fiducia beruhen? Das Wort solenniter, selbst wenn die vorgeschlagene Emendation sol. ter nicht acceptiert wird, spricht eher dafür als dagegen.

Sieht man sich indes die ganze Stelle bei Paulus genau an, so treten dieser Anschauung doch die ernstlichsten Bedenken entgegen. Paulus leitet die Entscheidung aus dem letzten, mit nam eingeleiteten Satze ab: weil ex tali con-

---

[1]) S. 22.

[2]) Institutionen S. 198.

[3]) Kr. V.-J.-Schr. II, 420.

[4]) Wir halten es nicht für unwahrscheinlich, dafs sich das Verkaufsrecht beim pignus und die denuntiatio zunächst an der fiducia entwickelt hat.

ventione keine actio fiduciae gegeben wird, so kann der Gläubiger ruhig verkaufen unter Voraussetzung einer solennis denuntiatio. Der talis conventio wird also hinsichtlich des Fiduciaranspruchs jede rechtliche Bedeutung aberkannt, aus dieser Ungültigkeit die Verkaufsbefugnis abgeleitet. Will man also das «solenniter» im Sinne einer dreimaligen denuntiatio verstehen, so müfste das bei der fiducia schlechthin erfordert werden.

Das ist aber sonst nirgends gesagt; aus dem Wesen der fides geht es nicht hervor, da es von diesem Gesichtspunkte als leere Formel erscheint. Ein solch singuläres Requisit können wir aber nicht ohne direkte, positive Beweise annehmen. Das Wort solenniter erklärt sich übrigens wohl schon daraus, dafs gerade im Fall eines solchen pactum der Gläubiger alle Veranlassung hatte, mit besonderer Sorgfalt und womöglich in Gegenwart von Zeugen jene denuntiatio vorzunehmen, die ihm zwar in der Regel an sich schon oblag, deren etwaige Unterlassung aber im Falle eines solchen pactum den Richtern einen von ihm gethätigten Verkauf ohne weiteres als Verstofs gegen die bona fides erscheinen lassen mochten.

Übereinstimmend mit uns Dernburg N. 42:

> «Wenn die Konvention für ungültig erklärt wird, so mufs das gewöhnliche Verfahren eintreten.»

c) Die dritte Möglichkeit besteht darin, dafs umgekehrt eine besondere Verkaufsberedung dem Fiduciargeschäft beigefügt war. Dafs dies pactum an sich wenigstens im prätorischen Recht Gültigkeit gehabt haben kann, darf füglich nicht bezweifelt werden; es ergiebt sich aber auch indirekt aus der bätischen und pompejanischen Urkunde, welche lang und breit gerade über die Verkaufsbedingungen handeln.

Die Bedeutung und Zweckmäfsigkeit einer solchen Abrede liegt auf der Hand — wo sie ermangelte, konnten das Ob und Wie der Verkaufsbefugnis nur aus dem abstrakten, den Intentionen der Partei vielleicht wenig gemäfsen Terminus fides fiducia beurteilt werden; und quid sit bene agier, sagt ja schon Cicero, magna quaestio est. Dagegen im Falle eines solchen pactum venditionis wufste der Richter gleich, nach welchen Gesichtspunkten er die Frage, ob der fides

genügt sei, zu entscheiden habe. Daher mag diese Abrede gerade den wichtigsten Teil des pactum fiduciae überhaupt eingenommen haben — eine Vermutung, welche durch die beiden uns erhaltenen Urkunden in nicht zu unterschätzender Weise unterstützt wird.

Dagegen kann einer derartigen Abrede keineswegs die Bedeutung eingeräumt werden, dafs sie erst die obligatorische Verkaufsberechtigung geschaffen habe.

Abweichend fafst Dernburg die Bedeutung dieser Vereinbarung auf. Erst durch sie soll der Verkäufer zum Verkauf ermächtigt worden sein mit der Bestimmung, dafs der Erlös auf die Forderungen eingerechnet werde, dafs also dem Gläubiger für den Mindererlös die Geltendmachung der persönlichen Forderung unverwehrt geblieben sei, während er dagegen die Pflicht übernommen habe, dem Schuldner den etwaigen Überschufs herauszugeben. Später hätten sich mildere Regeln ausgebildet, gemäfs deren sich der Gläubiger schon durch eine vorgängige Bekanntmachung (proscriptio) und eine denuntiatio an den Schuldner der Verantwortlichkeit habe entziehen können. Dernburg hat u. E. seine, aus dem Wesen des Institutes an sich nicht hervorgehenden, Behauptungen kaum genügend bewiesen.

War nun ein solches pactum abgeschlossen, so wird sich eine vorgängige denuntiatio unter Umständen erübrigt haben, sobald das pactum sie nicht direkt oder indirekt vorschrieb. Besonders anschaulich schildert uns die pompejanische Urkunde die Verkaufsbedingungen; die Klausel, wonach die Gläubigerin aus jenem Verkaufe nicht de dolo malo belangt werden soll, bezieht sich u. E. wahrscheinlich gerade darauf, dafs ihr eine unterlassene denuntiatio keinesfalls zum Vorwurf solle gemacht werden. Dies widerspricht Dernburgs Behauptung, dafs auch trotz eines pactum venditionis eine vorgängige denuntiatio nötig gewesen sei. Im übrigen wird in dieser Urkunde die Zeit und der Ort des Verkaufs näher eingeschränkt (Pompeis in foro luce paganis praesentibus), während die bätische Urkunde in beiden Beziehungen der Freiheit des Gläubigers vollen Spielraum läfst.

Hinsichtlich der Zeitbestimmung in der ersteren mag noch bemerkt werden, dafs der Verkauf erst an den Iden des Dezember geschehen soll, nachdem die Fälligkeit der Forderung schon an den Kalenden des November eingetreten ist. Hier wird also eine Luitionsfrist, wie sie Voigt allgemein annimmt, durch das pactum besonders fixiert.

Die l. 8, § 4—5 D. XIII, 7 steht mit dem hier Ausgeführten nicht in Widerspruch. Sie besagt nämlich nicht, dafs nur im Fall eines pactum venditionis adiectum der Pfandverkauf zugelassen sei, sondern sie interpretiert den Sinn eines solchen pactum und schreibt als zweckentsprechend vor, es solle «in rem» konzipiert werden, damit es nicht nur dem Gläubiger und seinen Erben, sondern auch Singularsuccessoren desselben zu gute komme, diese also den Verkauf eventuell nach Mafsgabe des pactum, nicht nach Mafsgabe der allgemeinen Vorschriften des bene agier ausführen dürfen.

Jedenfalls wurde der Gläubiger nicht gezwungen, sein Verkaufsrecht auszuüben, selbst wofern das zum Vorteil des Schuldners dienen würde, l. 6 pr. D. XIII, 7.

Hatte er verkauft und benutzte selbst den — über das debitum hinausgehenden — Kaufpreis oder lieh ihn aus, so mufste er davon Zinsen zahlen, l. 6 § 1 eodem.

Damit die Voraussetzungen des Pfandverkaufs eintreffen, genügt es, dafs einer von mehreren Mitverpflichteten bezw. einer von mehreren Erben des Schuldners seine Portion nicht bezahlt, l. 8 § 2 D. tit. Besteht die Schuld aus mehreren Raten, so ist es Sache der Auslegung des pactum, ob schon die nicht pünktliche Einhaltung eines Termins zur Zulässigkeit des Verkaufes genügt, oder ob man warten mufs, bis der letzte Termin verstrichen ist, l. 8 § 3 cod.

Schliefslich darf nicht nur wegen der Hauptforderung veräufsert werden, sondern auch nicht minder wegen der Zinsen und andern Verwendungen.

§ 27: lex commissoria.

Schon in Abschnitt II mufste die Streitfrage berührt werden, ob der fiducia die lex commissoria immanent gewesen sei, wie Cuiacius und mit ihm die früher herrschende Mei-

nung behauptet hatten. Cuiacius hatte darauf die Ansicht gestützt, dafs die fiducia mit der bekannten constitutio vom Kaiser Constantin weggefallen sei, was wir schon damals zu widerlegen suchten.

Hier mufs nun weiterhin behauptet werden, dafs die lex commissoria durchaus nicht ohne weiteres in der fiduciae datio enthalten war. Die gegenteilige Ansicht vertritt z. B. Vering[1]) — bei nicht rechtzeitiger Zahlung sei ohne weiteres Verfall der Sache an den Gläubiger eingetreten. Das reimt sich schwerlich mit der Verpflichtung zur denuntiatio und ist mit den Bestimmungen der pompejanischen Urkunde ganz unverträglich. Nach der letzteren lag zwischen der Fälligkeit und dem Zeitpunkt des Verkaufs noch ein Interstitium von mehr als einem Monat — was hätte das bei sofortigem Verfall gesollt? Ferner enthielt die Urkunde Bestimmungen über die hyperocha, die bei einem einfachen Verfall der Sache doch dem Gläubiger hätte zufallen müssen.

Dafs Paulus (II, 13) das Recht der fiducia unter dem Titel de lege commissoria behandelt, kann nach unserer obigen Darstellung nichts beweisen — denn denkbar ist, dafs dies aus einer späteren ungenauen Abschrift oder Umstellung entstanden ist; auch mag Paulus, durch die faktische Üblichkeit der lex commissoria getäuscht, sich darüber eine schiefe Vorstellung gemacht haben.

Für das klassische Recht widerlegt sich die gegnerische Meinung ohne weiteres durch l. 24 pr. D. XIII, 7: wenn es nach fälliger Schuld noch einer besonderen impetratio possessionis bedurfte, konnte ein Verfall der Sache in das endgültige Recht des Gläubigers nicht ohne weiteres eingetreten sein.

Auch Bachofen nimmt wenigstens für das ältere Recht eine solche stillschweigende lex commissoria an,[2]) im Anschlufs an Cuiacius ad Pauli rec. sent. II, 13. Damals, meint er, sei die fiducia hart und streng gewesen; die nicht rechtzeitige Zahlung habe den Schuldner um alle seine Ansprüche gebracht; von einer Rückgabe des Überschusses sei niemals die Rede; die Wiedereinlösung sei unmöglich gewesen.

---

[1]) Pandekten S. 441.
[2]) Pfandrecht II. S. 3, 629.

Auch Walter[1]) nimmt ein Einlösungsrecht nur während bestimmter Zeit an; nachher sei die fiducia dem Gläubiger verfallen gewesen. Ähnlich glaubt Bechmann,[2]) dafs der älteren Zeit ein gesetzliches Verfallensein der Pfandsache, keine Verkaufspflicht eigen gewesen sei, während er freilich gleichzeitig an eine mögliche Wiedereinlösung seitens des Pfandschuldners denkt.

Wenn nun auch die direkten Beweise eines gegenseitigen Rechtszustandes sich nur auf die neuere Zeit beziehen, so berechtigt uns doch nichts, für die ältere Periode eine solche fast barbarische Strenge anzunehmen. Nimmermehr kann es der fides fiducia entsprochen haben, dem Schuldner bei nicht ganz pünklicher Zahlung der Schuld jede Möglichkeit zu rauben, die Sache wiederzuerlangen. Das harmonierte sicherlich nicht mit dem «ut inter bonos» etc., und kein Richter der «guten alten Zeit» möchte wohl angenommen haben, dafs der Gläubiger mit diesem summarischen Verfahren seiner Verpflichtung zum bene agier genügt habe. Ebenso wird ihm wohl niemand gestattet haben, die spätere Rüekgabe der Sache gegen Angebot der Schuldsumme kurzweg zu verweigern. Die richtige Ansicht ist, wie in so vielen Punkten, so auch hier, zur Geltung gebracht namentlich von Dernburg,[3]) nach dem die Verpflichtung des Gläubigers an keine Frist gebunden ist.

Freilich — wenn in der ältesten Zeit keine Verkaufsbefugnis existierte, wie Dernburg gerade behauptet, möchte sich eine stillschweigende lex commissoria als Ersatz wohl als unabwendbar erwiesen haben. Denn ein Eigentum, das er nicht durch Veräufserung weggeben und das ihm jeden Augenblick durch den Entschlufs des Schuldners unter den Händen weggezogen werden konnte, mochte für den Fiduciar wenig Wert haben! Dies geht auch gegen Bechmann, der einerseits ein Verfalls-, andererseits ein Wiedereinlösungsrecht annimmt; beides pafst keinesfalls zusammen.

Ein weiterer Beweis gegen die Verbindung von fiducia und Verfallrecht ist auch für die ältere Zeit der Umstand, dafs die fiducia cum creditore doch immer nur einen, wenn auch

---

[2]) Röm. Rechtsgesch. II, § 620.

[3]) Kauf I, S. 289.

[1]) S. 19.

noch so wichtigen, Anwendungsfall der fiducia bildete. Bei der fiducia cum amico aber wäre ein solcher Verfall doch geradezu sinnlos, und ob sich das Geschäft als Pfand-, ob als Freundschaftsfiducia charakterisiere, war aus der gerade in der älteren Zeit rechtlich allein relevanten nuncupatio nicht zu ersehen.

Nicht den geringsten Dienst leistet der gegenteiligen Meinung die Stelle aus Cicero pro Flacco. Denn ganz abgesehen davon, dafs die Beziehung jener Stelle auf die eigentliche fiducia doch sehr in Frage steht, behandelt der berühmte Redner darin nur einen konkreten Fall, in dem der Verfall des Grundstücks an den Gläubiger sehr wohl auf Grund eines besonderen pactum eingetreten sein kann. Man kann das sogar aus einer praesumtio hominis schliefsen, indem der betr. Gläubiger ein gewerbsmäfsiger Geldleiher, vielleicht direkt Wucherer, gewesen zu sein scheint, der bei seinen Operationen sich gewifs durch derartige Beredungen möglichst günstig zu stellen pflegte.

Zuzugeben ist, dafs die fiducia häufig, vielleicht in den allermeisten Fällen mit der commissoria verbunden wurde, wenn auch die Behauptung Schweppes,[1]) dafs das Wiedereinlösnngsrecht «fast immer» auf eine bestimmte Zeit gestellt worden sei und aus diesem Grunde Paulus seine Darstellung der fiducia unter diesen Titel gebracht habe, wohl entschieden zu weit geht. Jedenfalls bot die l. comm. dem Gläubiger bedeutende Vorteile — man konnte sich mit Berufung auf sie vor der actio fiduciae des Schuldners sehr einfach schützen, und brauchte sich nicht um den vielleicht sehr schwierigen Verkauf der Pfandsache zu bemühen.

War die lex commissoria nicht beigefügt und der Verkauf gleichfalls unthunlich, so diente in pessimum eventum die «impetratio possessionis» den Interessen des Gläubigers, um den einstweiligen Zustand in einen definitiven zu verwandeln.

Mit unserer Auffassung stimmen neben Dernburg auch fast alle andern Neueren überein, wie Puchta,[2]) Warn-

---

[1]) Röm. R.-G. § 286, ähnlich Meermann, Thesaurus VI, 567, Gonzalez Tellez u. a.

[2]) § 247.

könig,[1] Zachariae,[2] Rein[3] und Muther;[4] von den Älteren Conradi,[5] Westphal[6] u. a. Muther bezeichnet die lex commissoria als eine dem pactum fiduciae beigefügte Resolutivbedingung; sie sei ein Surrogat für den unstatthaften Verkauf an den Fiduciargläubiger.

Muther und Dernburg hat die Frage Beschwerde verursacht, ob mit Ausübung der lex commissoria, bezw. durch den mit Fälligkeit der Schuld eintretenden Verfall der Sache, die persönliche Schuld erloschen sei. Wir glauben gegenwärtig zu einer endgültigen Beantwortung dieser Frage imstande zu sein, und zwar auf Grund der l. 3 D. XVIII, 3. Denn dafs der Gläubiger nicht wider seinen Willen die commissoria auszuüben hatte, beweist zunächst, dafs nicht ohne weiteres der Verfall der Sache eingetreten war, vielmehr durch die commissoria nur ein Recht des Gläubigers, jenen Verfall durch besondere Willensaktion herbeizuführen, entstand.

Und weiter — wenn der Gläubiger nicht gezwungen werden konnte, die lex commissoria auszuüben, so mufste ihm diese Ausübung unter Umständen Mifslichkeiten verursachen können. Diese Zweischneidigkeit nun, welche den Fiduciar zum Abstehen von seinem Recht veranlassen mochte, kann schwerlich in etwas anderem als in der durch Ausübung des Rechtes eintretenden Konsumtion seiner Forderung bestanden haben. Die Ausübung der lex commissoria ist daher Recht, nicht Pflicht des Gläubigers.

Übte der Gläubiger nun das ihm zustehende Verfallsrecht nicht aus, so konnte er nur das Recht der fiducia wie gewöhnlich geltend machen, also eventl. auch die Pfandsache veräufsern. Dies verkennt Dernburg,[7] nach dem der Gläubiger bei Beifügung der fiducia nur berechtigt war, entweder die commissoria geltend zu machen und auf die Forderung zu verzichten, oder umgekehrt unter Verzicht auf die fiducia

---

[1] a. a. O. S. 338.
[2] S. 23.
[3] a. a. O. S 350.
[4] a. a. O. S. 379.
[5] a. a. O. S. 172.
[6] Pfandrecht § 260 N. 292.
[7] S. 20.

auf die persönliche Forderung zurückzugreifen. Die commissoria, so meint Dernburg daher, habe dem Gläubiger grofse Unzuträglichkeiten verursachen können.

Dernburgs Irrtum hängt offensichtlich mit seiner Grundauschauung zusammen, dafs dem Fiduciargläubiger nur kraft besonderen pactums die Verkaufsbefugnis zugestanden habe.

Gegen die commissoria kann nicht mit v. Bassewitz[2]) geltend gemacht werden, dafs bei ihr die Absicht nur auf späteren Erwerb des Eigentums hätte gehen können. In diesem Fall wäre sie bei der fiduciae schlechterdings unmöglich, was nachweislich falsch ist. Die Vorteile, welche der commissoria beim Fiduciargeschäft innewohnten, waren eben andere als beim gewöhnlichen Pfandrecht — sie verhält sich hier ähnlich, wie die impetratio possessionis im Gegensatz zur impetratio dominii, nicht das Eigentum des Schuldners, sondern sein eventueller, fiduciarischer Rückerstattungsanspruch verfiel durch ihre Ausübung.

Dieser rechtliche Zustand dauerte fort bis zum Gesetze Constantins, durch das natürlich die lex commissoria auch in ihrer Anwendung auf die fiducia unzulässig wurde.

§ 28: Die Ansprüche des Gläubigers.

Wir betonten schon, dafs die dem Gläubiger aus dem Fiduciargeschäft erwachsenden Rechte — von der Eigentumsübertragung natürlich abgesehen — nur accidenteller Natur waren. Auch seine Befugnisse zum Pfandverkauf und zum eventl. Behalten der Sache können hiergegen nicht geltend gemacht werden, denn beides folgte schon in der denkbar weitesten Ausdehnung aus dem dinglichen Recht, und die betreffenden pacta konnten höchstens das negative Ergebnis herbeiführen, dafs jener dingliche Zustand in seiner Reinheit erhalten, nicht durch obligatorische Beschränkungen getrübt wurde. Daher kann man beides auch nicht zu den eigentlichen «Rechten» des Gläubigers rechnen.

Von den letzteren ist nun das nächstliegende sein Anspruch, mit der actio fiducia contraria alle gemachten Aus-

---

1) S. 11.

lagen und Aufwendungen auf die Sache ersetzt zu verlangen; § 7 Paulus II, 13; l. 8 D. XIII, 7. Schon oben ist das von der Seite aus behandelt, dafs derartige Auslagen ohne weiteres den Betrag der Forderung vermehren. Wie ist nun das Verhältnis dieser beiden Erscheinungen zu verstehen? Vielleicht so, dafs der Gläubiger sich zunächst an das Pfandobjekt zu halten und die Auslagen aus dessen Erlöse abzuziehen hatte; hinsichtlich des etwaigen Ausfalls stand ihm dann nach seiner Wahl die Kontrakts- und Fiduciarklage zu. Noch wahrscheinlicher aber glauben wir annehmen zu können, dafs er schon vor dem vielleicht zur Zeit unthunlichen Pfandverkauf sich mit der actio fiduciae dem Schuldner gegenüber für seine Auslagen schadlos halten konnte, da die Kontraktsklage zu diesem Zwecke wenig dienlich sein mochte.

Schaden, den er durch die Innehabung der Sache erlitt, berechtigte den Gläubiger gleichfalls zur Ersatzforderung, soweit dem Schuldner dabei ein Verschulden trifft; cfr. Coll. X, 2 § 2. Als Beispiel kann man den Fall anführen, dafs jemand seinem Gläubiger hinterlistiger Weise einen diebischen Sklaven, ein bissiges Haustier fiduziierte, welche jenen direkt schädigten oder Dritten gegenüber zum Ersatze verpflichteten. Hiervon handelt des Näheren Africanus in l. 31 D. XIII, 7 und l. 62 D. XLVII, 2.

Ein späterer Untergang der res fiduciae data kann die einmal entstandenen Ersatzforderungen des Gläubigers nicht wieder aufheben, l. 8 pr. D. XIII, 7. Gerade für diesen Fall wird in den Quellen die Notwendigkeit der actio fiduciae contraria nachdrücklich hervorgehoben.

Wieweit der Gläubiger nun aber mit seinen Auslagen für die verpfändete Sache zu gehen hat, dafür giebt auch wieder seine Haftung für dolus und culpa den Mafsstab ab, l. 25 D. h. t. XIII, 7: danach darf er z. B. fiduziierte Sklaven artificiis instruere, sobald das ihrer schon begonnenen Ausbildung oder doch den Intentionen des Schuldners entspricht; im übrigen hat er sich zu beschränken auf die artificia recessaria,

> «non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumtuum debitor.»

Geht er darüber hinaus, so erhält er keine actio fiduciae contraria wegen des Übermafses.

Die aequitas nämlich, so führt die Stelle weiter aus, duldet es nicht, dafs der Gläubiger geflissentlich Kosten verursacht, um dem Schuldner die Rückerlangung der Sache zu erschweren, wodurch er gezwungen werden könnte

«aut quaerere alios creditores aut distrahere quod velit receptum aut creditori paenuria coactus derelinquere.

Der Richter, so schliefst die Stelle, werde dann das rechte Mittel zu finden haben, um weder die Interessen des Gläubigers noch des Schuldners über Gebühr zu beeinträchtigen.

Des weiteren richtet sich der Fiduciaranspruch des Gläubigers, hier in Konkurrenz mit seiner vindicatio, auf Ausantwortung der in der Gewahrsam des Schuldners gebliebenen Sache. Dies Recht gewinnt insbesondere Bedeutung zur Vorbereitung des oder nach gethätigtem Pfandverkauf, l. 22 § 3 D. h. t. XIII, 7.

Bei weitem die wichtigste Frage dieses Abschnittes aber ist die, inwieweit der Fiduciant wegen Eviktion der Pfandsache dem Gläubiger hafte.

Zur Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, dafs das Fiduciargeschäft regelmäfsig in Form der mancipatio abgeschlossen wurde. Bei dieser bestand bekanntlich, wahrscheinlich ganz abgesehen von etwaigen Parteiabreden, eine gesetzliche actio auctoritatis auf das Doppelte der Mancipationssumme. Nun aber war die mancipatio fiduciaria kein wirklicher, sondern nur ein Scheinkauf; die Kaufsumme ward dabei durch einen einzigen Sesterz (numus unus) vertreten und dadurch notwendig auch die Höhe der auctoritas auf zwei numi, d. h. nichts, herabgedrückt.

Mit der actio auctoritatis konnte daher der Fiduciar seinem Schuldner in diesem Fall nichts anhaben. In späterer Zeit war dem abzuhelfen durch die Klagbarkeit des pactum fiduciae, wodurch sich der Gläubiger auch für den Eviktionsfall genügend schützen konnte. Hatte derselbe das nicht gethan, so konnte er nach allgemeinen Voraussetzungen wenigstens dann gegen den Schuldner vorgehen, wenn letzterem bei Fiduziierung der fremden Sache dolus oder culpa zur Last fielen. In älterer Zeit mufste er mit diesem gesetzlichen Anspruch ständig zufrieden sein.

Dieser Beweis des dolus und der culpa wird nun aber nichts weniger als leicht gewesen sein; es lag daher nahe, ihn thunlichst zu erleichtern. Welche Mittel man zu diesem Zweck anzuwenden pflegte, bekundet uns recht deutlich die pompejanische Urkunde: in ihren Worten «iuravit sua esse seque possidere», die scheinbar in Widerspruch mit der mancipatio numo uno stehen, hat Eck[1]) in glücklicher Weise die Intention der Parteien gefunden, die Unredlichkeit der Verkäuferin für den Fall der Eviktion per fictionem festzustellen. Die Gläubigerin brauchte sich wohl nur auf diesen Eid zu berufen, um die Voraussetzungen ihres Fiduciaranspruches zu begründen. — Es erscheint die Annahme wohl gerechtfertigt, dafs eine derartige Kautel sehr häufig gewesen sei.

Zwar ist andererseits, so von Vering,[2]) die Behauptung aufgestellt worden, dafs schon aus dem Begriff der fiducia eine Haftung für Eviktion abzuleiten sei; aber diese Behauptung ist unerweislich, Eck S. 84; nach ihr würde die Bedeutung jenes Eides ganz unerfindlich sein, und nur zum Vergnügen wird man ihn doch wohl nicht beigefügt haben!

Auch stimmt eine solche Haftung schlechterdings nicht mit dem Wesen der fiducia, bei der alles auf das subjektive Moment abgestellt wird. In der Verpfändung einer nur unbewufst fremden Sache wird doch wohl niemand einen Verstofs gegen die fides finden können.

Ebenso wird durch die Urkunde die Behauptung Rudorffs[3]) widerlegt, dafs die mancipatio numo uno gethätigt sei, um die Haftung für Eviktion abzuwehren. In Wahrheit war diese Form der mancipatio eine dira necessitas, weil man eben keinen Kaufpreis hatte; wie wenig man sie geflissentlich wählte, zeigt der Umstand, dafs man durch derartige Eide die Folgen jener Form zu paralysieren suchte.

Was konnte nun aber der Gläubiger in solchen Fällen mit der actio fiduciae erlangen, das duplum, wie bei der actio auctoritatis, oder nur den einfachen Betrag des erlittenen Schadens?

---

[1]) Zeitschr. der Sav.-Stift. IX, S. 80 fg.

[2]) Pandekten S. 441.

[3]) zu Puchta a. a. O.

Wir glauben uns für letzteres entscheiden zu müssen, da der ganze Charakter der actio fiduciae contraria nur auf Ersatz gehabter Auslagen, nicht auf Erlangung anderer Vorteile ging. Dieser Betrag bemifst sich danach, was er selbst gezahlt hat, also namentlich auch auf die Prozefskosten. Seine Verpflichtung, den Verpfänder zum Rechtsstreit zuzuziehen, regelt sich nach den allgemeinen, beim Kauf geltenden Regeln und ist daher hier nicht näher darzustellen.

Ob und inwieweit aufserdem die von Gradenwitz[1]) aufgestellte Hypothese gerechtfertigt ist, dafs der Pfandgläubiger möglicherweise wegen Eviktion eine besondere Klage gehabt habe, es auch denkbar sei, dafs die Kompilatoren in der l. 22 i. f. D. XIII, 7 die an dieser Stelle vielleicht früher enthaltenen Betrachtungen über eine altertümliche Klage unterdrückt hätten, läfst sich beim Fehlen entsprechenden Materials nicht beurteilen; doch ist kaum anzunehmen, dafs eine solche Klage so spurlos verschwunden sein sollte.

Die hier besprochene Frage hängt zusammen mit der weiteren, inwieweit überhaupt der verkaufende Fiduciargläubiger für Eviktion hafte? Hat er bei Bejahung dieser Frage dann ferner Anspruch auf Ersatz aller selbst evictionis causa geleisteten Auslagen?

Hierüber verhält sich l. 22 § 4 D. XIII, 7. Der Fiduciar hat die Sache verkauft und duplum promittiert —

> «nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat et condemnatus» —,

auch nachher diese Summe bezahlt. Hat er nun Regrefs? Es wird darauf die Antwort erteilt, er solle Regrefs nehmen können, sofern er durch die dupli promissio einen höheren Kaufpreis erzielt hat, auch der Verkauf selbst sine dolo malo et culpa gethätigt sei.

Damit ist aber die ganze Angelegenheit noch nicht erledigt; wir müssen zunächst die Frage beantworten, ob der verkaufende Pfandgläubiger überhaupt für Eviktion gehaftet habe.

Beim pignus ist das bekanntlich nicht ohne weiteres der Fall. Hier nun liegt aber die Frage bedeutend anders. Ist

---

[1]) Interpolationen S. 81.

er doch Eigentümer, dessen obligatorisches Verhältnis zum Verpfänder den neuen Käufer nichts angeht. Noch mehr! während der Pfandgläubiger beim Verkauf diese seine Eigenschaft in irgend einer Weise zu erkennen geben wird, ja dazu bei Vermeidung der Haftung für Eviktion verpflichtet ist, liegt dazu beim Fiduciar keine Veranlassung vor. Es wäre eine Ungerechtigkeit gegen den Käufer, ihn dadurch zum Schaden kommen zu lassen, dafs sein auctor nur fiduciarischer Eigentümer war.

Und eine Haftung für Eviktion wird in unserer lex denn auch gar nicht in Abrede gestellt, sondern als ganz selbstverständlich vorausgesetzt. Die Frage dreht sich dort nur um den Fall, wenn er duplum promisit. Eine solche Haftung für duplum trat nun ein ex lege nach den Zwölftafeln im Fall der mancipatio, sonst nur im Fall der besonderen Abrede. Wenn nun der Fiduciar gleich einem gewöhnlichen Eigentümer eine solche dupli promissio abschlofs, so deutet das schon auf eine ganz gleiche Behandlung. Gerade das «usu hoc evenerat», welches sich auf gewöhnliche Verkäufe bezieht, wird auf diesen Pfandverkauf kurzweg angewendet. Denn als auf den einzigen Fall des Fiduciarverkaufes abzielend, kann das «usu hoc evenerat» nicht verstanden werden, weil nach Lage der Sache ein solcher Verkauf fast stets durch mancipatio gethätigt wurde und für die wenigen anderen Fälle das Aufkommen eines solchen «usus» mangels ausreichender Gelegenheit nicht angenommen werden kann. Die Stelle macht daher keinen Unterschied zwischen dem Verkauf des Fiduciars und des gewöhnlichen Eigentümers.

Dies wird bestätigt durch l. 8 § 1 D. h. t.: hat der Fiduciar einzelne der fiduziierten Sachen veräufsert und dabei duplum versprochen, so kann er die übrigen Objekte auch trotz an sich geschehener Tilgung der Forderung so lange retinieren, bis ihm vom Verpfänder gegen die etwaigen Eviktionsansprüche Sicherheit gestellt ist. Hier wird die Haftung des Fiduciars für das duplum wieder als etwas Gewöhnliches, Unauffälliges behandelt, und ebenso auch ganz ohne Unterschied der Regrefs des Fiduciars an seinen Verpfänder anerkannt.

Nach alledem werden wir wohl zu behaupten haben, dafs

der Fiduciar bei seinem Verkauf ebenso für Eviktion haftet, wie jeder andre Eigentümer:

a) mancipiert er die Sache, was nach der Natur der fiduziierten Sachen das Gewöhnliche gewesen sein wird, so haftet er mit der actio auctoritatis auf das Doppelte.

b) verkauft er in der gewöhnlichen Weise, so haftet er für das duplum nur im Fall besonderer promissio, sonst wie jeder andre Verkäufer.

Er kann dann seinerseits Regreſs nehmen, sobald er nicht ohne genügenden Grund sich zu mehr verpflichtet hat, als es schon aus den Gesetzen hervorging. Für den Fall der mancipatio konnte er daher ohne weiteres das duplum ersetzt verlangen; für die andern Fälle aber gemäſs der l. 22 cit. nur, insoweit er dadurch einen höheren Kaufpreis oder andere Vorteile, die auch indirekt dem Verpfänder zu gute kommen, erzielt hat (emolumentum attulit), d. h. mit andern Worten, sobald er weder dolos noch culpos gehandelt hat, wie das auch die Stelle selbst betont. Letztere Voraussetzungen sind aber wieder die für das Recht der fiducia allgemein geltenden, so daſs unter dieser stillschweigend gedachten Beschränkung die Regel aufgestellt werden kann, daſs dem Fiduciar das evictionis causa Geleistete vom Fiducianten ersetzt werden müsse.

Damit stimmt auch l. 8 cit. überein, die jedenfalls das Nichtvorhandensein einer culpa unterstellt.

Daſs der Gläubiger das gemäſs der mancipatio geleistete duplum ohne weiteres ersetzt verlangen kann, wird durch die Möglichkeit, die actio auctoritatis durch die Form der mancipatio nummo uno zu umgehen, nicht berührt. Durfte er doch eine solche, den Kaufpreis notwendig herunterdrückende Art des Verkaufs schwerlich ohne weiteres wählen, wie die bätische Urkunde beweist, in der ihm eine dahin gehende Erlaubnis erst besonders verliehen wurde.

Natürlich konnte durch das pactum fiduciae das ganze bezügliche Verhältnis umgeändert werden. Man konnte die Haftung des Fiducianten verengern oder erweitern. Ersteres scheinen die Schluſsworte der bätischen Urkunde zu beabsichtigen, gemäſs deren — ein ganz sicheres Resultat läſst sich

bei ihrer Lückenhaftigkeit kaum gewinnen — eine etwaige, über das gesetzliche Mafs hinausgehende Haftung des Fiduciars für Eviktion ein für allemal abgelehnt werden soll. Anderes will freilich Degenkolb aus diesen Worten herauslesen.

Mit unserer Ansicht stimmt — ausführliche Darstellungen vermissen wir, wie fast überall, auch hier — im wesentlichen Degenkolb[1]) überein, während Krüger[2]) und Rudorff[3]) die gegenteilige Meinung vertreten, cfr. auch Bachofen Abschnitt XVII.

Krüger beruft sich auf l. 22 § 4 D. XIII, 7 — schwerlich mit Recht — und erklärt eine Haftung des verkaufenden Fiduciars für eine Verkümmerung des Pfandrechtes. Die Richtigkeit dieses Argumentes ist durchaus nicht einzusehen, denn erstlich hatte der Fiduciar doch nach unserer Darstellung vom Fiducianten vollständige Genugthuung zu fordern, und zweitens mochte sich ihm manchmal Gelegenheit bieten, vor dem Verkauf durch usucapio den Mangel zu heilen.

Kap. V: Die prozessualische Geltendmachung.

§ 29: Die Zeit der Legisaktionen.

Ob die Fiducia bereits dem Zeitalter des ältesten römischen Prozesses angehört, ist bei dem lückenhaften Zustande unserer Quellen, dem Streit über die juristische Natur unseres Institutes, nichts weniger als klargestellt. Zwar dafs man schon in der frühen römischen Zeit de facto fiduciarische Zwecke verfolgte, ist allgemein anerkannt und wird durch die Erzählung des Livius von der Emancipation des Licinius Stolo direkt bestätigt. Ob aber der Akt damals lediglich unter dem Schutz der guten Sitte gestanden hat, oder des Rechtsschutzes teilhaftig gewesen ist, wird verschieden beantwortet. Wir haben uns schon für das letztere entschieden, indem wir die rechtliche Anerkennung der Fiducia in dem

1) a. a. O. S. 169.
2) a. a. O. S. 57.
3) Zeitschr. XI, S. 103.

Zwölftafelsatze «uti lingua nuncupassit, ita ius esto» suchten. Ist das richtig, so mufs auch schlechterdings angenommen werden, dafs bereits im Legisaktionenverfahren für sie irgend ein Platz war. So leicht wir diesen Satz aus unserer Grundauffassung des Institutes heraus aufstellen können, so schwer fällt es dagegen, zu bestimmen, welche der legis actiones hier am Platze gewesen sei. Eine sichere, mehr als hypothetische Beantwortung dieser Frage erscheint auch uns, wie wir offen zugeben wollen, vorderhand fast unmöglich.

Soweit dieser Punkt bisher überhaupt gestreift worden ist — die herrschende Meinung, welche die Klagbarkeit der fiducia erst in späterer Zeit sucht, schweigt sich natürlich darüber aus — sind zwei Hauptansichten zu unterscheiden: die einen vindizieren die fiducia dem Bereich der Agis actio per condictionem, die anderen dem der l. a. per iudicis arbitrive postulationem.

Wer sich für ersteres entscheidet, hat noch die zweite Frage zu beantworten, wie die fiducia in der Zwischenzeit zwischen den Zwölftafeln und der lex Calpurnia, durch welehe die l. a. per condictionem «de omni certa re» zur Prozefsform wurde, geltend gemacht worden sei.

Wir glauben nun den Anhängern dieser Ansicht nicht zu nahe zu treten, wenn wir annehmen, dafs sie für diesen ausgedehnten Zeitraum der fiducia innerhalb der gewöhnlichen Prozefsform des Sakramentsverfahrens einen Platz anzuweisen geneigt sind.

Jene erstere Meinung wird hauptsächlich vertreten von Geib,[1]) der sich auf Gaius IV, 33 beruft. Schwerlich, meint er ferner, werde man sich dem Eindrucke entziehen können, dafs die uns durch Cicero überkommenen Worte «ut inter bonos bene agier oportet» in ihrer altertümlichen Fassung ursprünglich einer legis actio angehört hätten.

Ganz gelegentlich und ohne weitere Begründung spricht auch seltsamerweise ein Vertreter der Staatswissenschaft, L. v. Stein,[2]) die gleiche Ansicht aus; er geht sogar so weit, zu behaupten, die l. a. p. condictionem sei nur denkbar als Mittel, die Pflicht zur Herausgabe der fiducia zu erzwingen.

---

[1]) a. a. O. S. 131.
[2]) Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft S. 241.

So ziemlich alle andern haben sich dagegen für die l a. per iudicis arbitrive postulationem ausgesprochen; so Esmarch,[1]) Sohm,[2]) Karlowa,[3]) Voigt, Vering,[4]) Arnold[5]) — die fiducia sei geltend gemacht durch billige Auseinandersetzung, ähnlich wie Erbteilung und Grenzregulierung, d. h. durch postulatio arbitri. Auch Keller[6]) wenigstens hinsichtlich der actiones bonae fidei im allgemeinen, was ihm freilich den Widerspruch von Bekker[7]) und Demelius[8]) einträgt, nach denen der Ursprung jener actiones in der legis actio per condictionem zu suchen ist.

Auch v. Bethmann-Hollweg[9]) erklärt sich für die zweite Meinung. Und doch lehrt er, die l. a. p. i. p. sei dann angewendet worden, wenn nicht schon aus den Worten eines formalen Rechtsgeschäftes die Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung gefolgt sei, sondern wenn es nach der eigentümlichen Natur darauf angekommen sei, erst durch Untersuchung die entscheidenden Thatsachen und aus diesen die Leistung des Schuldners unter Berücksichtigung von Gründen der Billigkeit und Zweckmäfsigkeit zu ermitteln.

Eine solche Anschauung kann für die fiducia jener älteren Zeit nimmermehr richtig sein; denn entweder entsprang damals ihre Klagbarkeit aus den Worten der nuncupatio, dann trifft jene Schilderung nicht zu und wohnt ihr eine solche bonae fidei-Qualität noch nicht bei, oder sie hat nach Jherings Hypothese ihren Ursprung von vornherein im pactum, dann war sie zur Legisaktionenzeit noch nicht klagbar.

Eine Art Mittelmeinung vertritt Büchel[10]) — er nimmt für die älteste Zeit legis actio sacramento oder per iudicis postulationem an; für die spätere Zeit legis actio

---

1) Röm. R.-Gesch. S. 281
2) Institutionen S. 37.
3) Civilprocefs S. 143.
4) Pandekten S. 441.
5) Kultur und Recht S. 238.
6) Civilprocefs § 17.
7) Heidelberger Krit. Zeitschr. I 442.
8) Zeitschr. f. R.-Gesch. II 236.
9) Civilprocefs I S. 64.
10) de fiducia S. 30.

per condictionem. Im wesentlichen wird man ihn daher der ersteren Ansicht zuzählen dürfen.

Die seltsame Meinung von Puntschart[1]) ist schon oben erwähnt — aus der Stelle des Paulus «ex causa depositi» etc. versucht er eine legis actio pontif. fiduciae in ius und in factum herauszulesen. Diese Meinung ist ganz verfehlt — sie fällt zusammen mit ihrem πρῶτον ψεῦδος, dafs jene Stelle überhaupt von der fiducia handle, und wird durch die Quellen widerlegt, welche nur fünf besondere Legisaktionen kennen.

Ebensowenig können wir der zweiten Meinung beipflichten — eine durch legis actio per iudicis arbitrive postulationem geltend gemachte actio fiduciae erscheint uns juristisch geradezu als unmöglich. Schon gegen v. Bethmann-Hollweg ist bemerkt, dafs eine klagbare fiducia in ihrer ältesten Gestaltung nicht jenen milden, Zweckmäfsigkeit und Billigkeit mehr als strengen Formalismus und Rechtspflicht berücksichtigenden, Charakter gehabt haben kann, den wir ihr für das neuere Recht allerdings zuschreiben. Eine solche freie Würdigung konnte nur durch ausgiebigste Berücksichtigung des «pactum conventum» ermöglicht werden. Diesem pactum aber für die Legisaktionenzeit mit ihrem sonstigen streng durchgeführten Formalismus eine direkte rechtliche Bedeutung beizumessen, ja die ganze Gestaltung des Fiduciarprozesses darauf abzustellen und danach zu beurteilen, ist mehr als kühn, es hiefse eine Milde und Schmiegsamkeit in das altrömische Rechtsleben hineintragen, die wir dort am allerletzten suchen dürfen. Bei den nachbarlichen Grenzstreitigkeiten, bei den Aufteilungen von Erbschaften handelte es sich freilich weniger um eigentliche Rechtsstreitigkeiten, als um faktische Ungewifsheit, die man ohne Rücksicht auf die strengen Regeln und Anforderungen des Rechts in den Grenzen des guten Glaubens und der Sitte, mehr in schiedsrichterlicher Weise, zu erledigen hatte. Und für solche Verhältnisse, die keinem Zeitalter fremd sein konnten, hat das altrömische Recht, wie v. Bethmann-Hollweg sehr richtig hervorhebt, in der legis actio per arbitri postulationem die angemessene, der heutigen freiwilligen Gerichtsbarkeit wesentlich entsprechende Form aus-

[1]) Grundges. C.-R. S. 290.

gebildet. Die fiducia aber ging damals auf etwas ganz anderes — eine an sich ganz strenge, aus den Worten der nuncupatio hervorgehende Verpflichtung des ius civile — remancipare oportere. Von anderen Klagen unterschied sie sich zwar durch ihre Bedingungen, welche in einer Verletzung der fides fiducia lagen, keineswegs aber durch ihren Gegenstand, wie das bei jenen Teilungsklagen der Fall war. Er bildete ein certum — das dare einer hingegebenen bestimmten Sache — von jener bei letzteren vorhandenen Ungewifsheit hinsichtlich des Komdemnationsobjektes beim einzelnen Anspruch konnte nicht im mindesten die Rede sein. Und auch die Vorbedingungen der condemnatio waren auf eine Rechtspflicht, nicht auf ein faktisches Verhältnis gestützt — auf das ut inter bonos bene agier oportet bezw. ihre Übertretung.

War das Objekt der actio fiduciae damals aber ein certum, eine certa res, dann war für sie die legis actio per condictionem die rationellste Prozefsform, der jene schon durch den Wortlaut der lex Calpurnia unterstand. Jeder Grund fehlt, gerade diesen hauptsächlichsten Anwendungsfall einer «res certa» im älteren Recht — denn welche anderen Klagen de re certa von Belang gab es damals? — dieser legis actio zu entziehen? Sprach doch die lex Calpurnia nach dem Bericht des Gaius allgemein de omni certa re, und wenn es richtig ist, dafs die Klage aus der fiducia ursprünglich nur die remancipatio der res fiduciae data zum Gegenstand hatte, also auf res certa ging, so sind wir zu einer solchen willkürlichen Einschränkung des Kondiktionenverfahrens gar nicht einmal befugt.

Zwar die Steinsche Behauptung, dafs die fiducia zur Ausbildung des Kondiktionenprozesses den Anstofs gegeben habe, soll damit nicht gestützt werden — sie widerlegt sich vielmehr u. E. schon dadurch, dafs die ersten Anfänge der l. a. per condictionem sich nur auf certa pecunia bezogen.

Ein seltsamer Widerspruch findet sich bei Arnold.[1]) Während er schon im Legisaktionenverfahren die denkbar ausgedehnteste Anerkennung fiduciarischer Beredungen mittels legis actio per iudicis arbitrive postulationem behauptet, sagt er andererseits, die spätere formula fiduciae in factum concepta

[1]) S. 266.

sei älter als die in ius concepta. Also wenn schon im alten Prozefs jeder beliebige Inhalt der Fiduciarberedung auf Grund des ius civile im Verfahren zur Geltung gebracht werden konnte, sollte späterhin der Prätor die rechtliche Bedeutsamkeit derartiger Abreden zuerst auf das pactum stützen müssen, sie erst allmählich zum ius emporhebend? Unserem Verstand ist solche Vorstellung unfafsbar!

Überhaupt ist die blofse Thatsache, dafs es eine formula fiduciae in factum concepta gab, eine seltsame crux für die gegnerische Meinung! Sollte jene jünger gewesen sein als die formula in ius — nun, so folgt daraus, dafs die Anerkennung des faktischen Thatbestandes als solchen, wie er sich auf Grund der einzelnen Abrede darstellte, sich erst in späterer Zeit entwickelt haben kann, nicht aus dem alten Civilrecht. Was soll dann aber dort die legis actio per arbitri postulationem?

Oder aber die formula in factum ist älter als ihre in ius gefafste Schwester, dann mufs man sich wundern, dafs der Prätor für civilrechtlich bereits vollkommen anerkannte Verhältnisse, aus denen sich also schon ein dare oportere nach den bisherigen Rechtsgrundsätzen entwickelt haben würde, seine Klageformel auf ein factum, statt auf dies dare oportere, zu stützen für nötig befand.

Mehr für uns als für die Gegner spricht zum mindesten auch die berühmte Stelle bei Gaius IV, 33. Zwar liegt es uns fern, dieses schwierige, bisher auf befriedigende Weise kaum erklärte Citat näher zu untersuchen — aber wir sehen schon auf den ersten Blick, dafs es die actio fiduciae zu den Klagen zählt,

«quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dare oportere intendimus.»

Dies geht natürlich auf die formula in ius concepta. Ferner soll nach der Stelle die actio fiduciae «sua vi ac potestate valere». Alle diese Bemerkungen stimmen zunächst zu unserer Anschauung, dafs die Klage überhaupt schon dem älteren Recht angehöre, nicht erst dem Prätor ihre Entstehung verdanke. Ferner rechnet die Stelle die actio fiduciae entschieden in das Gebiet der condictiones (neueren Stils, d. h. Klagen auf dare oportere einer res). Diese Zusammenstellung

spricht jedenfalls sehr für die Möglichkeit, dafs sie auch einstmals mit der alten legis actio per condictionem geltend gemacht worden sei, welche ja wesentlich dieselben Kategorieen von Ansprüchen umfafste, die auch das neuere Recht als «condictiones» bezeichnet. Ist doch auch schon an sich anzunehmen, dafs diese Gleichheit des Namens ihren inneren Grund gehabt habe!

Und eine solche Beziehung auf die alte condictio ist, wenn auch in sehr dunkler Weise, in der Stelle selbst in gewissem Sinne enthalten! Keine Klage, so heifst es, werde ad condictionis fictionem ausgedrückt (exprimitur), denn alle Klagen, die überhaupt den Inhalt einer ehemaligen Kondiktion alten Stils[1]) bildeten, gingen direkt auf dare oportere «nec ullam adiungimus condictionem fictionem».

Was diese Sätze allgemein bedeuten sollen, ist sehr bestritten. Wir glauben mit Bekker,[2]) dafs die Notwendigkeit einer fictio condictionis (d. h. der alten Form der, sei es gerichtlichen, sei es aufsergerichtlichen Streitansage, des con-dicere) im Gegensatz anderer Legisaktionen um deswillen geleugnet werde, weil gerade das Gebiet der Kondiktionen den Übergang des alten Verfahrens in den Formularprozefs gebildet habe. Die alten Kondiktionen, die actio fiduciae voran, sind demnach zum Teil die Urbilder der späteren actiones bonae fidei. Weil sich hier, durch die geringeren Solennitäten begünstigt, der Übergang in die neue Prozefsform «leicht und schmerzlos» gestaltete, benötigte man hier keiner Fiktion der alten Solennität, während das bei den andern Klagen, die nicht zum Gebiet der condictio gehörten, umgekehrt gewesen sein mag. Cfr. zu dieser Stelle auch Demelius, Rechtsfiktion S. 50.

Dafs die fiducia überhaupt dem Legisaktionenverfahren angehört habe, ergiebt sich aus unserer gesamten Darstellung — die dagegen geltend gemachten Bedenken von Rudorff[3]) und Ubbelohde[4]) können als beweiskräftig in keiner Weise

---

[1]) Diesen Gedanken darf man wohl ohne allzu grofse Kühnheit einschieben.
[2]) Aktionen I.
[3]) Zeitschr. f. R.-Gesch. XI, 61.
[4]) Gesch. d. ben. Realkontr. S. 61 fg.

angesehen werden. Schon die Worte «ut inter bonos» etc. sollten, wie Geib und Karlowa mit Recht hervorheben, jeden Widerspruch beseitigen; denn andernfalls hätte Cicero wenig Veranlassung gehabt, dieselben wiederholt mit solcher Emphase hervorzuheben und auf sie als «illa aurea» hinzuweisen. Ihre altertümliche Form stimmt wenig zu einer prätorischen Entstehung der Fiduciarklage; und dafs sich überhaupt derartige Worte als fest fixierter terminus technicus ausbilden konnten, wäre eine bei der Thätigkeit des Prätors überaus auffällige Erscheinung. Er würde eine von ihm eingeführte Klage zunächst auf die konkreten Abmachungen der Parteien, nicht auf allgemeine, abstrakte Gesichtspunkte gestellt haben.

Für ein hohes Alter der Fiduciarklage erklärt sich auch Bekker;[1] er hält die Klage ferner für eine condictio im weiteren Sinn, weil sie auf certa res gegangen sei, was wir für die ältere Zeit nur billigen können.

Mit unserer Darstellung, wonach die Klage die bonae fidei-Qualität erst späterhin bekommen hat, stimmt auch Stintzing[2]) überein: sie habe diesen Charakter erst dadurch erhalten, dafs sie Geschäfte umfafst habe, welche eine solche Behandlung erheischten.

Die «verba illa aurea» sind das in der späteren Gestaltung der Fiduciarklage erhaltene Überbleibsel aus dieser Legisaktionenzeit. Sie blieben in Geltung zu einer Zeit, welcher die legis actiones selbst längst fremd geworden. Eine andere Frage ist es, ob sie sich auch nach Cicero bis in die spätere Kaiserzeit hinein erhalten haben. Diese Frage wird meistens verneint — so von Keller,[3]) Rudorff[4]) und v. Bethmann-Hollweg.[5]) Mit Recht hat aber demgegenüber Lenel[6]) darauf aufmerksam gemacht, dafs jeder Grund für einen solchen Wegfall dieser Worte, und insbesondere gegen ihre Aufnahme in das Edictum Perpetuum fehle, ja sogar dem konservativen Charakter des römischen Rechtslebens sehr wenig entspreche.

---

[1]) Aktionen I S. 73.
[2]) legis actio sacr. S. 12.
[3]) C.-P. bei N. 297.
[4]) de iuris dictione edictum § 100.
[5]) C.-P. II, 281.
[6]) Edictum Perpetuum S. 232; Zeitschr. d. Sav.-Stift. III, 118.

Lenel beruft sich ferner auf l. 10 D. XVIII, 2, in welcher Stelle er eine deutliche Anspielung auf jene Worte sieht —

«non potest videri bona fide negotium agi».

Jhering[1]) wähnt, seiner Grundanschauung von der fiducia entsprechend, in dieser Zeit die Fiduciarberedung nur durch eine Deliktsklage geschützt. Wer gegen Tutel, Mandat, Fiducia und Depositum sich verfehlt, begeht das crimen perfidiae, an das sich die Infamie und die Leistung des vollen Schadensersatzes als Strafe schliefst. Nur hieraus erkläre sich die auffällige infamierende Natur dieser späteren Kontraktsklagen.

Wir lassen die Richtigkeit dieser Anschauung im übrigen dahingestellt, für die fiducia müssen wir sie jedenfalls aufs entschiedenste bestreiten. Bei einfachen Gebilden des täglichen Lebens mag eine solche Umbildung ansprechend erscheinen — bei einem Formalakt, als welcher sich uns die fiducia dargethan hat, ist sie unmöglich. Jhering beachtet nicht, dafs Cicero der actio fiduciae als selbständiger Klage im Unterschied zu allen andern actiones jenen bestimmten Wortlaut vindiziert, der ihr als eigener Klage ein sehr hohes Alter anweist.

§ 30: Die actio fiduciae.

Das Vorhandensein einer actio fiduciae im klassischen und vorklassischen Recht ist uns durch zahlreiche Stellen bezeugt; aus jenen erfahren wir ferner, dafs sie zu den actiones bonae fidei gehörte und durch die mehrfach erwähnten Worte ut inter bonos etc. ausgezeichnet war. Denn dafs diese Worte in die Klagformel, nicht in das die fiducia begründende Rechtsgeschäft gehört haben, das dürfte wohl heute aufser Streit sein — dafür sprechen nicht nur alle inneren Gründe, sondern auch die eine der Stellen bei Cicero (de off.), nach denen die gedachten Worte bei der actio fiduciae dieselbe Stellung einnehmen, wie das ex fide bona bei der gewöhnlichen bonae fidei actiones.

---

[1]) Schuldmoment a. a. O.

Des weiteren ist uns über diese Klage überliefert, dafs sie die Wirkung der Infamie nach sich gezogen habe, sobald die Verurteilung mittels der actio directa, nicht contraria, und suo, non procuratorio nomine geschehen sei. Diese Wirkung der Klage beweisen namentlich die im ersten Abschnitt angegebenen Stellen aus Cicero, sowie die betr. Worte der tabula Heracleensis und des fragmentum Atestinum. Sie stand auch in dieser Hinsicht den innerlich verwandten actiones depositi, mandati etc. gleich. Auch ist der Grund derartiger Behandlung bei diesen Klagen klar — gerade sie beruhen auf einer besonderen, erhöhten Zuversicht in die Person des Gegners, dessen etwaige dolose Handlungsweise uns für das ihm geschenkte Vertrauen in den gröfsten Nachteil bringen kann; für einen solchen Treubruch ist daher die Strafe der Infamie vollkommen gerecht und angemessen. Es liegt sogar die Vermutung sehr nahe, dafs die fiducia die älteste mit infamierender Wirkung ausgerüstete Kontraktsklage gewesen sei, von der aus sich diese Wirkung bei jenen andern Klagen erst entwickelt hat. Diese Vermutung rechtfertigt sich aus dem erweislichen höheren Alter der Fiduciarklage (cfr. unten) und aus dem Wortlaut des Kontraktes und der Formel, in denen die Haftung für fides besonders betont wurde.

Über die Klage und ihre infamierende Wirkung cfr. die Ausführungen von Jhering[1]).

«Das Delikt, um das es sich bei jenen Verhältnissen handelt, wird als crimen perfidiae bezeichnet.» So beim depositum, l. 1 § 4 D. 16, 3 «de fide rupta agatur»; l. 5 per D. 16, 3 perfide agere; l. 6 D. 3, 2 de perfidia agitur, etc.

Dagegen ist uns direkt nichts davon überliefert, ob die Klage ein- oder zweiseitig, ob sie in ius oder in factum koncipiert war. Indes läfst sich wenigstens die erstere Frage mit ziemlicher Sicherheit beantworten: Der Fiduciarkontrakt — sit venia verbo — ist dem depositum, commodatum, mandatum wesentlich gleichgeartet, er ist materiell wie jene ein contractus bilateralis inaequalis, bei dem die Verpflichtungen des Fiduciars als

---

[1]) Schuldmoment 29, 36; ferner Zachariae S. 37; Cicero pro Roscio comoedo III, 16; de natura deorum III 36; de officiis III, 17.

essentialia, die des Fiducianten als blofse accidentalia erscheinen. Die des ersteren werden daher mit der actio fiduciae directa, die des letzteren mit der a. f. contraria erzwungen werden.

Schwieriger ist die Frage nach der Konception der formula, ob sie in ius oder in factum concepta war, oder, wie die actiones depositi und commodati, tam in ius quam in factum. Diese Frage ist sogar überaus bestritten, auf Verständigung scheint vorläufig leider nur sehr geringe Aussicht. In den Quellen finden wir auch hier kaum die geringste Unterstützung.

Gemeinhin neigt man sich zu der Annahme, das die formula zunächst und normalerweise in factum concepta gewesen sei; ob daneben noch eine in ius concepta existierte, wird mehrfach angenommen, doch schreibt man derselben vorwiegend eine mehr untergeordnete Bedeutung und eine spätere Entstehung zu.

Es ist uns nun bekanntlich namentlich von Gaius (IV, 47 — sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati) mitgeteilt, dafs zwar regelmäfsig eine bestimmte actio ausschliefsend entweder auf ius oder aber auf factum gestellt war, dafs aber einzelne Klagen nach Wahl des einzelnen Falles bald auf ius bald auf factum gerichtet werden konnten, an sich also eine doppelte formula hatten. Im Einzelnen nennt uns unser Gewährsmann die actiones depositi und commodati; wie das velut bezeugt, liegt ihm die Meinung fern, diese Möglichkeit nur bei den zwei genannten Klagen zu behaupten; er scheint sie nach dem Wortlaut vielmehr lediglich als Beispiele zu verwenden.

Ob und welchen anderen Klagen nun aber aufserdem jene doppelte Formulierbarkeit zustand, ist nicht unbestritten. Neuestens hat Lenel auch über diese Frage in seinem «Edictum Perpetuum» beachtenswerte Nachweise geliefert — insonderheit schreibt er auch der actiones pigneraticia und fiduciae jene Eigentümlichkeit zu.

In der That wissen wir, dafs sich die Kommodats- wie die Depositalklage nach dem Vorbilde, höchstwahrscheinlich sogar direkt aus der actio fiduciae zu selbständiger Bedeutung

erhoben haben, während die actio pigneraticia zu jener gleichfalls in sehr nahem Verwandtschaftsverhältnis steht. Haben nun aber alle aus der actio fiduciae abgeleiteten Klagen, und nur bezw. wesentlich nur sie jene Besonderheit, so liegt von vornherein die Vermutung nahe, dafs auch in ihr der Ursprung dieser Doppelnatur zu finden ist.

Wir denken uns die Sache so: die actio fiduciae nahm der Prätor schon in den frühesten Tagen des Formularprozesses in sein Album auf, und zwar iuris civilis adiuvandi gratia, da er sie bereits als Anwendungsfall der legis actio per condictionem im bisherigen Recht anerkannt sah. Die Klage erlitt daher formell wie materiell zunächst wenig Veränderungen — formell, weil die prätorische Klagenkonzeption sich wahrscheinlich gerade im Anschlufs an das alte Verfahren per condictionem ausgebildet hat; materiell, weil er fortfuhr, die Klage selbst lediglich auf die Worte der nuncupatio (fidei fiduciae causa) zu stützen. Nur aus diesen Worten entnahm er den Gegenstand der Verpflichtung — das event. remancipare oportere — wie das Mafs der von den Parteien anzuwendenden Sorgfalt, das Wie und Wann jener Leistungspflicht.

Auch auf letzteres gaben ja die Worte fides und fiducia Auskunft; indem er sie lediglich umschrieb, stellte der Prätor in seiner Klagformel als Kondemnationsbedingung das Zuwiderhandeln gegen das «ut inter bonos bene agier oportet» auf. Aus der fides folgte ohne weiteres die Verpflichtung zu einem derartigen Verhalten. Diese Verpflichtung resultierte also direkt aus dem alten ius civile, den Bestimmungen der Zwölftafeln; die Formel war also in ius konzipiert.

Die Behauptung, dafs die formula in ius concepta die älteste Form der Fiduciarklage gewesen, sollte von denen wenigstens, welche in der klagbaren fiducia schon ein Institut der Legisaktionenzeit sehen, füglich nicht bestritten werden. Zwar hat Bekker[1]) die Behauptung aufgestellt, dafs auch im Legisaktionenprozefs die Klageformel unter Umständen sehr wohl auf ein factum hätte gestellt werden können — aber man wird zugeben, dafs diese, wie bei Bekker öfters, mehr hypo-

---

[1]) Aktionen II S. 130.

thetisch aufgestellte Behauptung nicht ausreichend begründet ist. Die weitaus überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller, so von Savigny,[1] Keller[2], Eisele,[3] sieht bekanntlich den Entstehungsgrund der actiones in factum lediglich darin, dafs der Prätor auch auf das blofse Vorhandensein von Thatsachen hin eine actio versprach, was bei solchen Thatbeständen, die schon ipso iure ein Rechtsverhältnis erzeugt hatten, widersinnig, weil ganz überflüssig, gewesen wäre. Im Legisaktionenprozefs aber mangelte es an jeglicher Form, so zu verfahren. Entweder das Verhältnis erzeugte nach dem geltenden Recht Verpflichtungen, dann mufste der Kläger diese Verpflichtung certis verbis behaupten, ohne das ihm die Freiheit blieb, seine Klage in willkürlicher Weise, etwa durch Berufung auf blofse facta, zu begründen, oder es war ipso iure unerheblich, dann mangelte es auch an einem Organ, ihm indirekt doch Geltung zu verschaffen.

Jedenfalls stimmt Bekkers Behauptung,[4] wonach beispielsweise bei den Teilungsklagen eine in ius gestellte Formulierung fast undenkbar gewesen sein soll, keineswegs; cfr. dagegen Gaius IV, 42 («quantum adiudicari oportet»); v. Savigny,[5] Lenel.[6] —

Indes hat schon Cicero hervorgehoben, dafs eine solche abstrakte Kondemnationsbedingung, wie das Entgegenhandeln gegen das ut inter bonos etc. im Einzelfall schwer zu entscheiden sei, da den Worten der konkrete Inhalt zu sehr mangele (quid sit bene agier, magna quaestio est). Hier bot sich bequemste Gelegenheit, allmählich in den Rechtszustand selbst («supplendi iuris civilis gratia») erweiternd einzugreifen. Die eigentümliche Gestaltung des Fiduciargeschäftes, welches aufser den paar allgemeinen Bemerkungen in der Mancipationsformel noch aus einem pactum adiectum bestand, ergab die Richtung dieser Weiterbildung fast von selbst. Jenes pactum, welches bisher zwar auch schon für die Parteien sehr belang-

---

[1] System V, 216, 217.

[2] C. P. § 29, 33. Die Fälle der actiones in factum seien von Grund aus neue.

[3] Exceptio.

[4] a. a. O. S. 132.

[5] V, 472.

[6] Edictum Perpetuum S. 163 fg.

voll, vielleicht notwendig gewesen war, um ihre Abreden näher zu umgrenzen und zu fixieren, der Richtung ihres bene agier nähere Direktiven zu geben, hatte doch rechtlich keine weitere Bedeutung als höchstens die, dem iudex zur Beurteilung des Falles gewisse faktische Anhaltspunkte zu geben; es hatte, wenn wir uns so ausdrücken dürfen, etwa die Funktion der Motive bei modernen Gesetzen.

Der Prätor ersetzte nun mehr und mehr das abstrakte «ut inter bonos bene agier oportet» durch die sich aus dem pactum selbst ergebenden, konkreten Verpflichtungen; da letztere aber nicht auf dem ius civile beruhten, konnte er in diesem Fall die formula natürlich nur in factum konzipieren.

Die eigentliche rechtliche Grundlage der actio bildete demungeachtet noch immer der Text der nuncupatio. Überhaupt ist nicht anzunehmen, dafs mit dem Aufkommen der formula in factum concepta die in ius gefafste völlig oder annähernd abgekommen — oft mochte es Fälle geben, die es vermöge ihrer besonderen Gestaltung, namentlich vermöge ihrer Klarheit und Einfachheit, den Parteien oder dem Prätor erwünschter scheinen liefsen, die einfachere, glatter durchschlagende formula in ius concepta zu wählen.

Ein solches Nebeneinanderbestehen beider Arten der Formel, bei depositum und commodatum direkt bezeugt, wird auch hier schwerlich von der Hand gewiesen werden können.

Die Worte «ut inter bonos bene agier oportet» scheinen uns dabei eine Besonderheit der formula in ius concepta gewesen zu sein, an deren Stelle bei der f. in factum vom Prätor aus den besonderen Parteiberedungen das Entsprechende eingeschaltet wurde. Lenel[1]) will die Worte zwar in der letzteren Formel unterbringen; sie passen aber doch u. E. in ihrer strengen Solennität bitter wenig in eine auf einem blofsen, individuell-verschiedenartigen Thatbestande aufgebaute Klagformel. Das agier oportet deutet doch in sehr entschiedener Weise auf eine wahre Verpflichtung, die ein römischer Prätor niemals hätte ins Leben rufen können. Warum soll die Kon-

[1]) Edictum S. 233.

demnation aus einem factum folgen müssen, wenn die Verpflichtung, aus deren Übertretung sie sich ergiebt, schon im ius begründet ist? Dann müfste doch ihre Ableitung aus dem ius selbst viel näher liegen!

Und noch andere Momente unterstützen diese unsere Hypothese! In Ciceros Stelle de officiis III, 17 ist ganz ausdrücklich gesagt, dafs die Worte ut inter bonos etc. bei der actio fiduciae ganz dieselbe Stelle einnähmen, wie das aequius melius bei der actio rei uxoriae, das ex fide bona bei den ceterae fide bonae fidei actiones. Letztere Worte aber haben nur in einer formula in ius concepta irgend welchen Sinn — also, diesen Vordersatz als bewiesen angenommen, auch die entsprechenden Worte ut inter bonos etc. Der Vordersatz aber ergiebt sich einerseits daraus, dafs die gesamte Bezeichnung «actiones bonae fidei» immer nur bei solchen Klagen angewendet wird, die auf dem ius civile beruhen — bei der prätorischen, mit bonae fidei Qualität versehenen actio negotiorum gestorum (Gaius IV, 28; Lenel Edictum S. 83) halten die Quellen es nicht für überflüssig, ihr eine «civilis intentio» besonders zuzuschreiben.

Dies hat auch v. Savigny[1]) mit bekannter Meisterschaft hervorgehoben.

Andererseits liefert uns einen noch direkteren Beweis die Stelle bei Gaius IV, 47. Er allegiert beide Formeln der actio depositi, die in ius und in factum concepta. Und was finden wir dort? Während erstere den Zusatz ex fide bona hat, fehlt er bei letzterer. Zufall kann das nicht sein, wie auch Lenel selbst fühlt, indem er in seiner Rekonstruktion des Ediktes den gleichen Unterschied macht; und es hat auch seinen guten Grund, denn bei den reinen Thatsachen der formula in factum hätte die Zufügung ex fide bona gar keinen Sinn gehabt.[2])

Lenels[3]) Begründung der Notwendigkeit beider Formeln bei der actio fiduciae ist völlig abweichend. Nur mit der formula in ius, meint er, hätte sich eine actio contraria zweckentsprechend ermöglichen lassen — daher die doppelte Form

[1]) System V, 473.
[2]) v. Savigny a. a. O.
[3]) S. 202, 232, 236 etc.

bei den actiones bilaterales inaequales, dem commodatum, depositum, pignus, fiducia. Wie Lenel hinsichtlich der actio contraria hat sich schon früher G. Thon[1]) geäufsert; dagegen mit vielen andern Eisele.[2]) Kaum mit Unrecht betont der letztere, dafs sich bei der formula in factum concepta die actio contraria allerdings nicht durch einfache Umstellung ergeben habe, wie bei der f. in ius, dafs aber für die Behauptung im übrigen kein vernünftiger Grund spräche.

Auch wir glauben den Römern eine derartige Ungeschicklichkeit in der Formelredaktion nach ihren sonstigen Leistungen auf diesem Gebiet nicht zumuten zu dürfen.

Lenels Vermutung, dafs jedenfalls nur bei der formula in ius concepta eine Kombination der actio directa und contraria möglich gewesen sei, können wir nicht ohne weiteres teilen. Wenn jener ferner bei allen contractus bilaterales inaequales die doppelte formula annimmt, so geht das Gegenteil schon aus der actio mandati, bei der nur eine formula in ius concepta erweislich ist, hervor. — Die von Lenel hier wohl mehr um seines Princips willen angenommene formula in factum erscheint recht problematisch.

Nach unserer Darstellung ist die actio fiduciae zuerst ihrem Ursprung und Wesen nach von derselben strengen Natur gewesen, wie alle Erzeugnisse des Rechts der Zwölftafelzeit. Ihre volle Ausbildung hat sie erst als actio in factum erhalten. Steht damit nicht in Widerspruch, dafs sie so oft als actio bonae fidei bezeichnet wird, was doch nur auf ihre formula in ius concepta gehen kann?

Schwerlich! Denn erstlich mufs angenommen werden, dafs sich die inneren Unterschiede beider Formeln mit der Zeit immer mehr und mehr abschliffen, sodafs schliefslich der Richter auch bei erteilter formula in ius den im pactum niedergelegten Beredungen der Partei einfach rechtliche Bedeutung beizumessen begann — wie das ja auch sonst bei bonae fidei Kontrakten üblich war. Zweitens aber hat eine auf fides fiducia gestützte Klage ohne weiteres eine Art bonae fidei-Qualität, zwar nicht ihrer Entstehung aus der nuncupatio,

---

[1]) Zeitschr. f. R.-G. II, 301.
[2]) Exceptio S. 138.

wohl aber ihrem Inhalt und der Art der Verpflichtung nach. Freilich kann sie sich nicht nach dem Muster des Rechtsinstitutes «bona fides» ausgebildet haben, das zur Zeit ihrer Entwicklung dem Rechtsleben noch fremd war, sondern der später allgemeine Begriff «bona fides» scheint gerade bei der fiducia zuerst aufgekommen und ausgebildet zu sein, um nachher, seiner Stütze entwachsen, als mächtiger Baum jetzt seinerseits sie mit in den weiten Bereich seines Schattens zu ziehen.

Übereinstimmend hiermit betont Dernburg,[1]) dafs keine actio bonae fidei auf die Zwölftafeln zurückgehe und daher die Meinung, welche die legis actio per iudicis arbitrive postulationem als die anfangs bei ihnen anzuwendende Prozefsform ansieht, verfehlt sei.

Insbesondere hinsichtlich der actio fiduciae tritt auch Stintzing[2]) dem bei. Cfr. ferner Dernburg Pfandrecht S. 14: die actio fiduciae sei die älteste der actiones bonae fidei und gewissermafsen ihr Vorbild.[3])

Dieser Entwicklung entsprach denn auch diejenige der anderen mit doppelter Formel versehenen Klagen. Sie kamen erst als selbständige Klagen in den letzten Zeiten der Republik in Betracht, als die fiducia längst beide Arten der formula gehabt haben mufs.

Der Prätor scheint um diese Zeit begonnen zu haben, auch aus solchen Fällen des deponere und commodare selbständige Kontraktsklagen zu geben, die nicht mittels mancipatio gethätigt waren und daher nicht unter die fiducia cum amico fielen. Sie waren demnach also der Klage aus diesem Fall der fiducia direkt nachgebildet. Was lag nun näher, als die Eigentümlichkeiten der actio fiduciae, nämlich die doppelte formula, die Folge der Infamie etc. auch auf sie zu übertragen, zumal der innere Unterschied der beiden Arten der formula sich damals schon einigermafsen ausgeglichen haben

---

[1]) Heidelb. Krit. Zeitschr. I, 443.

[2]) legis actio sacr. S. 12.

[3]) Das pafst freilich herzlich schlecht zu der auch von Dernburg gebilligten Meinung, dafs die actio fiduciae zuerst in factum gegangen sei, da sie dann erst spät form. in ius concepta und bonae fidei-Qualität bekommen haben könnte.

mufste! In der That ist das denn auch geschehen — beide Klagen haben die doppelte Gestaltung ihrer Formel, und wenigstens die actio depositi fernerhin die Wirkung der Infamie. Man müfste fast mit Blindheit geschlagen sein, wenn man in allen diesen Umständen nur Zufälligkeiten erblicken wollte.

Auf ähnliche Weise mag sich, wiewohl erheblich früher, die actio pigneraticia nach dem Muster der actio fiduciae gebildet haben.

Ist unsere Darstellung richtig, so ergiebt sich damit die Entscheidung einer vielumstrittenen, aber bisher noch nicht gelösten[1]) Frage — warum nämlich gerade jene beiden bei Gaius aufgeführten Klagen die doppelte formula gehabt hätten? Die hauptsächlichen Anschauungen hierüber sind bekannt: v. Savigny[2]) — cfr. auch Bekker[3]) — behauptet, die Klagen seien deshalb auch in factum gestellt worden, um den der actio in ius unfähigen Haussöhnen ihre Anstellung zu ermöglichen.

Hiergegen liegen indes mehrere Einwände nahe: warum stellte sich nur gerade bei diesen beiden Klagen ein derartiges Bedürfnis heraus? Ferner hätte es, wie Eisele[4]) gegen v. Savigny hervorhebt, nach dem ganzen Charakter der prätorischen Rechtsbildung ungleich näher gelegen, den filii familias durch andre Mittel, etwa durch Fiktionen, actiones utiles etc. zu Hilfe zu kommen, statt die doppelte Formel aufzustellen.

Ebensowenig kann Eiseles eigene Ansicht als richtig anerkannt werden. Er behauptet, die formula in factum sei bei jenen beiden Klagen dann gegeben worden, wenn der Thatbestand der Hingabe selbst bestritten worden sei, während die formula in ius in den Fällen Anwendung gefunden hätte, in denen unter Einverständnis der Parteien hinsichtlich des Thatbestandes die Verpflichtung zur Rückgabe in Abrede gestellt war. Keller[5]) erklärt diese Ansicht mit Recht für un-

---

[1]) cf. dazu Keller S. 162: «Das Verhältnis zwischen beiden (formulae) ist noch nicht aufgeklärt.»

[2]) V, S. 84 fg.

[3]) Konsumtion S. 41 fg.

[1]) a. a. O. S. 136.

[2]) C. P. S. 162.

haltbar; Eisele komme auf S. 141 mit sich selbst in Widerspruch und übersehe, dafs nach solcher Theorie die Duplizität ein allgemeiner Charakter sein müfste.

Über die anderen Erklärungsversuche vergleiche Eisele und Keller a. a. O.

Wir möchten übrigens auch für den Fall, dafs unsere Theorie vom Alter der formulae fiduciae unrichtig sein sollte, an diesem angegebenen Entwicklungsgange festhalten. Denn das ist jedenfalls richtig — die actio fiduciae war eine Klage von ganz besonderen Eigentümlichkeiten; bei der es mehr als bei jeder anderen Klage auf Treu und Glauben ankam und die gerade nach dieser Ansicht ursprünglich in jener fides ganz allein ihren Stützpunkt fand. Dieses zunächst nur auf Treu und Glauben beruhende Verhältnis hat dann nach dieser Ansicht der Prätor allmählich zur Klagbarkeit erhoben, wobei er letztere ursprünglich nur auf das factum stützen konnte. Erst allmählich habe sich dann, so meint man, diese prätorische Anerkennung zu einer civilrechtlichen Bedeutung und Klagbarkeit, zur actio in ius concepta, verdichtet. — Der Grund für die Doppelform und ihre Bedeutsamkeit für die Entwicklung jener andern beiden actiones wird dadurch nicht berührt. Dafs Gaius aber als Beispiele der doppelten Formel jene jüngeren Klagen und nicht die formula fiduciae angiebt, erklärt sich durch den Umstand, dafs zu seiner Zeit die actio fiduciae jedenfalls den gröfsten Teil ihrer alten Bedeutung eingebüfst hat.

Aber wie steht es denn überhaupt mit jener Anschauung; wonach sich die formula der actio fiduciae zuerst auf das factum habe stützen müssen? Sie ist, wie wir nicht verhehlen können, die weitaus herrschende und hat auch entschieden etwas Bestechendes — es mutet viel eher an, einen Fortschritt von dem blofs prätorisch geschützten factum zum eigentlichen ius anzunehmen, als eine Umgestaltung der anfangs rechtlichen Grundlage der Klage in eine nachher blofs faktische. Und doch kann alles das unsere oben vorgetragene Meinung auch nicht im entferntesten erschüttern. Denn befriedigen kann diese Ansicht keineswegs — sie läfst noch immer die Frage offen, warum gerade bei der actio fiduciae und den aus ihr hervorgewachsenen Klagen jener Verdichtungs-

prozefs eingetreten ist, den wir bei andern dem prätorischen Recht angehörigen Klagen nicht finden; wie es denkbar sei, dafs ein seiner faktischen Entstehung, seinem Namen und Anwendungsgebiet nach so spezifisch altrömisches Institut wie die fiducia dem Vordringen des ius gentium gegenüber dem ius civile ihre Klagbarkeit habe verdanken müssen. Wohl alle Klagen, die der Prätor ohne Anschlufs an das ius civile schuf, hatten ihren Ursprung im gewöhnlichen Leben, in den Formlosigkeiten des täglichen Verkehrs, der sich nicht auf cives Romani beschränkte; die fiducia dagegen mufste sich an altnationale Formalakte anschliefsen — selbst nach Ansicht der Gegner —, sie war auf römische Bürger, italische Sachen beschränkt. Die Gegner muten daher den Römern zu, für ein ihnen eigentümliches Institut erst aus den Grundsätzen des ius gentium heraus sich die Klagbarkeit hergeholt zu haben.

Und wenn die formula in factum concepta die ältere war — wo blieb da so lange der Anspruch des Gläubigers? Gerade Lenel, ein Anhänger der herrschenden Lehre, will die Notwendigkeit der fiducia in ius concepta daraus ableiten, dafs nur sie die Rechte des Fiduciars genügend habe zur Geltung bringen können; er mufs also eine Zeit annehmen, in der für die eine der Parteien hinlänglich durch rechtlichen Schutz gesorgt war, für die andere nicht.

Wir geben gern zu, dafs eine Entwicklung von formulae in ius in in factum conceptae als allgemeine Erscheinung dem normalen Zustande des Fortschritts vom blofsen factum zum ius widerstrebte. Aber eine solche allgemeine Entwicklung ist von uns keineswegs behauptet, sondern nur bei der actio fiduciae aus ihren Besonderheiten heraus diese Umgestaltung abzuleiten versucht worden.

Wenn man geltend machen wollte, dafs die fiducia um deswillen im älteren Recht nicht klagbar gewesen sei, weil die Fiduciarberedung ursprünglich nur der mancipatio als pactum beigefügt sei und die Inserierung der Worte fidei fiduciae causa in die Mancipationsformel eine Neuerung gebildet habe, so widerspräche das dem Zuge der Rechtsentwicklung, die nicht zu einer gröfseren formalen Strenge, sondern umgekehrt zur Formlosigkeit fortschreitet. Was früher nicht zur nun-

cupatio gehörte, kann auch nicht im neueren Recht erst in dieselbe aufgenommen sein.

c. ! Gaius IV, 33 berichtet uns, dafs die actio fiduciae zu denjenigen Klagen gehört habe,

«quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dare oportere intendimus».

Nun wird kaum behauptet werden können, dafs mit einer Klage auf dare oportere die actio fiduciae in der Gestaltung gemeint sei, wo sie auf alle möglichen Nebenabreden, und vielleicht auf ganz andere Zwecke als auf die remancipatio, ging. Die formula in ius, von welcher Gaius zunächst handelt, hat also geringeren Umfang für die Parteiabreden, als die in factum. Wäre sie die jüngere, so müfste also ein Entwicklungsgang angenommen werden, wonach mit der Zeit die Nebenabreden an rechtlicher Bedeutung herabgemindert worden wären, was uns unfafsbar dünkt.

Ferner sagt Gaius in IV, 45 geradezu, dafs eae formulae in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, qualis est quibus intendimus, nostrum esse aliquod ex iure Quiritium aut nobis dare oportere ..... in quibus iuris civilis intentio est.

Da nun Gaius die actio fiduciae zu den auf dare oportere gehenden actiones rechnet, so ist das ein neuer Beweis dafür, dafs er die formula in ius für die eigentlich technische, prinzipale Form der Fiduciarklage gehalten habe.

Die von uns behauptete Verwendung einer schon nach ius civile existenten Verpflichtung zur Bildung einer formula in factum ist auch sonst nichts Unerhörtes; cfr. z. B. Keller:[1])

«Es war nicht ausgeschlossen, dafs der Prätor die Rechtsgedanken, welche ihn bei Aufstellung einer actio in factum leiteten, aus dem ius civile schöpfte.» Beispiele seien die act. depositi und commodati.

Und noch andere Gründe sprechen für unsere Theorie. So sagt Gaius (IV, 33) von den auf dare oportere einer res gehenden Klagen, dafs sie sua vi ac potestate valent; zum

---

[1]) S. 160.

mindesten ein bemerkenswertes Kennzeichen dafür, mit welcher Unbefangenheit die Römer selbst die Klagbarkeit der actio fiduciae ansahen, die sie hinsichtlich ihrer vis ac potestas gar nicht von den andern, auf ius civile fundierten actiones bonae fidei unterschieden.

Von der bisherigen Litteratur können wir freilich für unsere Darstellung so gut wie gar nichts zur Unterstützung heranziehen. Der Stand der Lehre ist etwa folgender:

Die Doppelformel der actio fiduciae wird namentlich behauptet von Lenel;[1]) ferner auch Rudorff,[2]) der sich aber über das Alter der beiden formulae nicht äufsert. Eck[3]) läfst die Beantwortung beider Fragen dahingestellt, scheint sich aber mehr für das höhere Alter der formula in factum zu entscheiden, was Lenel direkt thut. Sohm[4]) nimmt beide Formeln an; die formula in factum sei die ältere gewesen, weil das unförmliche Versprechen ursprünglich nur moralische Wirkung gehabt habe. Dieser Anschauung müssen sich konsequent auch v. Jhering, Bechmann und v. Degenkolb anschliefsen, wenn sie auch direkt über die Frage nichts geäufsert haben. Arnold[5]) hält gleichfalls die form. in ius conc. für jünger; sie stamme etwa aus Ciceros Zeit.

Für ein höheres Alter der formula in ius concepta hat sich hinsichtlich der fiducia bislang nur Geib[6]) erklärt.

Auch hinsichtlich der actiones commodati und depositi steht die herrschende Ansicht auf dem gegenteiligen Standpunkt. Keller[7]) bezeichnet das höhere Alter der formula in factum bei ihnen sogar für «sicher». Ähnlich Eisele[8]) — beim depositum miserabile habe der Prätor angeknüpft an das alte Civilrecht, dagegen beim gewöhnlichen depositum sei ihm das nicht möglich gewesen und daher sei hier die actio in factum die ältere.

---

1) a. a. O. S. 232.
2) Röm. Rechtsgesch. II § 50 S. 171.
3) a. a. O. S. 84.
4) a. a. O. S. 36.
5) a. a. O. S. 266.
6) a. a. O.
7) S. 162.
8) S. 142.

Ebenso im Resultat Dernburg.[1])

Dagegen hat bei diesen Aktionen die Ansicht von der Priorität der formula in ius auch mehrfache Vertreter gefunden — cfr. die Übersicht bei Keller a. a. O. — zu denen sogar v. Savigny[2]) gehört.

Die — ausgesprochenen oder unausgesprochenen — Gründe der Gegner beschränken sich fast durchgängig auf den einen, oben schon zurückgewiesenen Punkt der angeblichen Verdichtung des factum zum ius. Auf der andern Seite aber geraten sie teilweise in bedenkliche Schwierigkeiten. Arnold[3]) gegenüber erlauben wir uns die Frage, wie er sich den auffallend geringen Zeitunterschied zwischen der Ausbildung beider formulae erklärt; soll doch die ältere formula in factum aus «den letzten Zeiten der Republik stammen», aber auch die jüngere formula in factum dem Zeitalter Ciceros ihre Ausbildung verdanken (a. a. O. 266). Dieser Einwurf trifft übrigens mehr oder weniger die gesamte herrschende Richtung.

In noch gröfsere Verlegenheit gerät Eisele: er stellt auf der einen Seite den Grundsatz auf, dafs alle civilrechtlich erheblichen Verhältnisse mit actiones in ius, alle nur prätorisch bedeutsamen mit actiones in factum verfolgt wurden. Nun soll depositum und commodatum in den regelmäfsigen Fällen civilrechtlich nicht in Betracht kommen, und doch haben beide neben der formula in factum auch eine formula in ius concepta.

Sohm gerät mit sich selbst in Widerspruch, indem er die Klagbarkeit der fiducia in die Worte der nuncupatio verlegt, um dann trotzdem aus der Klaglosigkeit des formlosen pactum auf das Alter der beiden formulae Schlüsse zu ziehen. Wer mit Jhering und Bechmann nur im pactum die Besonderheiten des Fiduciargeschäftes erblickt, handelt freilich konsequent und mufs die formula in factum für die ursprüngliche erklären — wer aber diese Anschauung für unhaltbar erklärt,

---

1) Kompensation Aufl. 2 S. 52.
2) System V, 84.
3) S. 271.

sollte doch auch in unserer Frage seine Stellung entsprechend wählen!

Ebensowenig sind die beim depositum und commodatum von den Gegnern angeführten Gründe durchschlagend. Dernburg behauptet, die actio depositi in factum sei eine Pönalklage, der dolus habe den Brennpunkt gebildet, der Charakter als actio bonae fidei stamme erst aus späterer Zeit. Cicero und Mucius Scaevola hätten die acto depositi in ius concepta noch nicht gekannt, da sie derselben bei Aufzählung der actiones bonae fidei nicht Erwähnung thun. Indes mufs entschieden bestritten werden, dafs alle diese Aufzählungen der verschiedenen Klagen bei Cicero und den fragmenta von Ateste und Heraclea nur vom Charakter der actiones bonae fidei ausgehen. In den meisten dieser Stellen werden nicht die actiones bonae fidei, sondern die infamierenden Klagen aufgeführt, und es ist seltsam, dafs sich die actio depositi überall nicht vorfindet.

Bei der actio in ius, meint Dernburg (S. 53): «würdigte der Richter die Frage der Verschuldung allseitig, zog die Vereinbarungen der Parteien in gebührende Rücksicht, gründete mit einem Worte sein Urteil auf den Vertrag, nicht auf das Delikt». Wir halten das nicht für gut möglich — wenn sich der Kläger auf das Recht stützte, konnte er «die Vereinbarungen der Parteien» weniger würdigen, als wenn er auf den vorhandenen Thatbestand die formula zuschnitt. Denn jene Vereinbarungen waren in einem formlosen pactum enthalten, also nach römischen Anschauungen principiell immer ohne rechtliche Bedeutung; es lag also bei der formula in ius zum mindesten viel weniger nahe, alle jene Abreden zu berücksichtigen, als der naturgemäfs viel schmiegsameren formula in factum concepta.

§ 31: Fortsetzung. — Einzelne Punkte.

Einige Fragen sind noch besonders zu erledigen:

1) Ging die Fiduciarklage auf certum oder incertum? Lenel[1]) nimmt das letztere an, und auch wir müssen das

---

[1]) Edictum S. 233.

gemäſs des von uns gemutmaſsten Entwickelungsganges für die spätere Zeit für unbedingt richtig halten; cfr. auch Dernburg.[1]) Denn bei der ausgebildeten actio fiduciae handelt es sich keineswegs mehr um die bloſse Restitution einer certa res, sondern die nunmehr rechtsverbindlichen Parteiabreden können unzähligen konkreten Zwecken dienen; Rückgabe der Sache an den Schuldner, Hingabe an einen Dritten; Verkauf der Sache; Ersatz des Interesses; Rückgabe der hyperocha — alles das kann mittels dieser actio verlangt werden. Kurz, sie war ebensosehr mit einer formula incerta versehen, wie die actiones depositi und commodati, wenn nicht in höherem Grade.

Aber diese Gestaltung war nur ein Produkt des Umgestaltungsprozesses des ganzen Rechtsinstitutes. Wir haben bereits gesehen, daſs sich der ursprüngliche Fiduciaranspruch nur auf das remancipare oportere der res fiduciaria richten konnte, da sich ein mehreres an Verpflichtungen aus den Worten fidei fiduciae causa nicht wohl ableiten lieſs. Auch in späterer Zeit wird die formula in ius concepta diesen Charakter mehr oder weniger beibehalten haben, wenn auch zu vermuten steht, daſs schlieſslich eine wesentliche materielle Ausgleichung dieser beiden formulae eingetreten sei.

Sofern die actio fiduciae auf ein certum geht, fällt sie unter die Kategorie der condictio triticaria.

Nicht ganz korrekt sieht Rudorff[2]) in der actio fiduciae eine «gemilderte condictio triticaria»; nur wenn zugleich Besitz übertragen sei, eine «gemilderte condictio incerti». Die Frage der Besitzübertragung wird schwerlich für die Gestaltung der Klage das entscheidende Kriterium abgeben können, und mit Ausdrücken, wie «gemildert» zu operieren, ist zur Aufklärung des Verhältnisses wenig dienlich.

2) Mit dieser Frage in Verbindung steht die andere, ob sich neben der actio fiduciae noch eine condictio erhalten habe? Diese Frage ist angeregt und bejaht worden von Sa-

---

[1]) a. a. O.
[2]) Pfandklagen S. 184.

vigny,[1]) dem sich für die spätere Zeit Dernburg[2]) angeschlossen hat. Zur Zeit der Zwölftafeln dagegen, meint Dernburg, habe man diese Anwendung noch nicht gekannt.

Ähnlich stellt sich zu der Frage auch Lenel,[3]) während sich Rudorff,[4]) Scheurl[5]) und Bechmann[6]) zu der Savignyschen Hypothese kritisch verhalten. Bechmann macht geltend, dafs die fiduziierte Sache auch nach Tilgung der Schuld nicht ohne Grund im Vermögen des Fiduciars gewesen sei, weil die mancipatio doch immer Kauf bleibe.

v. Savigny beruft sich für seine Ansicht, freilich mit ziemlicher Zurückhaltung, auf l. 4 § 1 D. 12, 1 (res pignori data pecunia soluta condici potest), die ihm als möglicherweise interpoliert erscheint. Wir haben schon im ersten Abschnitt die Gründe angegeben, aus denen wir dies «vielleicht» in ein «ziemlich sicher» verwandeln zu dürfen glauben: eine condictio zu Gunsten des Eigentümers wäre eine zu anomale Erscheinung, um sie ohne zwingenden Grund annehmen zu können.

Ist die Interpolation aber richtig, so ist v. Savignys Hypothese ohne weiteres erwiesen. Und sie hat für ein Institut wie die fiducia auch nichts Bedenkliches. Sind nicht im Gegenteil alle Voraussetzungen einer condictio vorhanden? Eine res, die aus dem Vermögen des bisherigen Schuldners in das des bisherigen Gläubigers übergegangen ist zur Sicherung der Forderung, die sich daher nach der Tilgung jener ohne Grund (sine causa bezw. causa finita) im Vermögen des letzteren befindet! Diese Thatsache wird dadurch, dafs der Übergang auf Grund eines Kontraktes geschah, nicht aus der Welt geschafft — denn diese Rechtfertigung hat mit Beendigung der Schuld ihr Ende erreicht; der Zweck des Kontraktes existiert nicht mehr, und mit demselben Recht, wie es

---

1) System V, 517, 566.
2) Pfandrecht I S. 14. S. 13 N. 17.
3) a. a. O. S. 177.
4) Pfandklagen S. 185. — In Zeitschr. f. R.-Gesch. XI, 59 läfst er die Frage dahingestellt.
5) Beiträge II S. 39.
6) Kauf I S. 287 fg.

heifst «cessante ratione legis cessat lex ipsa», könnte man sagen «cessante ratione contractus cessat contractus ipse». Eine weitere selbständige Bedeutung der fiduciarischen Übereignung ist keineswegs vorhanden; wenn Bechmann in der mancipatio «doch immer einen Kauf» sieht, so verwechselt er Form und Inhalt, Rechtsakt und materielles Rechtsgeschäft. Die mancipatio mag — und auch das nicht immer — Mittel zum Abschlufs eines Kaufes gewesen sein — selbst ist sie so wenig «Kauf», wie etwa die Auflassung.

In gewissem Sinne wenigstens können wir auch die famose l. 9 pr. D. XII, 1 zur Unterstützung heranziehen — wohlgemerkt ohne uns dadurch Kellers bekannter Ansicht zu verschreiben, dafs die condictio certi mit jeder entsprechenden Kontraktsklage konkurriert habe. Denn jedenfalls war die fiducia vermöge ihrer Besonderheiten ein Gebilde, bei dem die condictio mehr als bei vielen andern Kontrakten am Platze war. Ähnlich v. Savigny a. a. O.: überall erscheine die condictio als der an Stelle der verloren gegangenen vindicatio eintretende Ersatz; daher müsse das auch bei der fiducia nach der Wahl des Klägers so gewesen sein.

Freilich, nicht alles, was die actio fiduciae neueren Stiles in sich aufnehmen konnte, vermochte man mit der condictio durchzusetzen. Sie konnte jedenfalls nur auf Rückgabe der certa res gehen, also nur die der actio fiduciae in ius ursprünglich innewohnenden Funktionen in sich aufnehmen.

Ist aber die Kondiktion erwiesen, so läfst das wieder auf die Gestaltung der Fiduciarklage als ursprünglich auf certum gehend einen Rückschlufs ziehen. Die Wichtigkeit dieses Punktes für unsere ganze Theorie der fiducia liegt damit auf der Hand.

Lenel beruft sich noch auf l. 5 § 1 D. XII, 4, eine Stelle, die möglicherweise gleichfalls zunächst von der fiducia gehandelt habe, jedenfalls aber von einem der fiducia nahe verwandten Mandat, und in der auch eine condictio für anwendbar erklärt werde (cond. causa data causa non secuta).

Eine ähnliche Konkurrenz von Kontraktsklage und condictio ist uns ferner von Ulpian bekanntermafsen hinsichtlich des Kaufes bestätigt (l. 11 § 6 D. XIX, 1; v. Savigny V S. 504).

Es handelt sich dort um einen arrhae nomine gegebenen anulus. — «et Iulianus diceret ex emto agi posse: certe enim condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem sit anulus.» Könnte diese Begründung nicht ebensogut für die fiducia geschrieben sein?

Die Polemik v. Scheurls gründet sich auf Unterlagen, die bereits mehrfach als unhaltbar zurückgewiesen sind. Voraussetzung der condictio sei stets die wenigstens jetzt dargethane Grundlosigkeit des Vermögensverlustes, während bei der fiduciae datio noch gar kein Wert aus dem Vermögen des Fiducianten in das des Fiduciars übergegangen sei. Abgesehen von diesem Grunde würde von Scheurl sich anscheinend mit der hier vertretenen Theorie befreunden können.

Die von Dernburg gemachte Einschränkung sind wir gern zu unterschreiben bereit — stammt doch die legis actio per condictionem, aus der sich das Kondiktionenverfahren erst entwickeln mufste, aus einer erheblich jüngeren Zeit als die Zwölftafeln.

Ein besonders wichtiger Anwendungsfall der condictio mochte sich, wie schliefslich noch bemerkt werden soll, dann ergeben, wenn der Fiduciar nach Abschlufs der mancipatio sich weigerte, das pactum fiduciae abzuschliefsen. Hier war die fiducia zwar nach unserer Darstellung auch gültig, konnte aber den, aus dem Zusatz der nuncupatio nicht herauszulesenden, besonderen Intentionen des Fiducianten schwerlich gerecht werden. Hier mufs jenem, event. neben einer auf den gleichen Effekt abzielenden actio fiduciae in ius die condictio causa data causa non secuta zu gute gekommen sein.

Das Gleiche wird Platz gegriffen haben, wenn das abgeschlossene pactum fiduciae aus irgend einem Grunde hinfällig wurde.

3) Ging die actio fiduciae in duplum? Über diese Frage haben sich nur einzelne Gelehrte gelegentlich geäufsert, und in der That lassen uns die Quellen auch hier wieder fast vollständig im Stich.

Für jene Erstreckung hat sich erklärt Bremer,[1]) der

---

[1]) Pfandrecht S. 3 Anm.

aber bemerkt, diese Frage hier nicht ex professo behandeln zu können; ebenso Scheurl;[1]) dagegen Ubbelohde[2]) und Voigt.[3]) Letztere machen geltend, dafs die Bestimmung der Zwölftafeln, wonach gegen den Depositar (im Falle der fiducia cum amico) eine actio in duplum gewährt sei, einen besonderen Satz darstelle, also nicht unter die allgemeinen Grundsätze über die poenae temere litigantium gefallen sei.

Es mufs nun freilich die schon aufgestellte Behauptung wiederholt werden, dafs jene Stelle nichts mit der fiducia cum amico zu thun habe, also auch gegen die Duplizität nichts beweist. Indes scheint mir letztere selbst darum keineswegs als erwiesen; es fehlt dafür an jedem zureichenden Material; abgesehen von dem Fall der infitiatio. Denn für diesen erwähnt Cicero gerade im Zusammenhang mit der actio fiduciae die Bestimmung der Zwölftafeln, wonach aus den nuncupationes im Fall des Leugnens eine poena dupli hervorgehen solle, eine Bestimmung, die durch die Rechtsgelehrten auch auf den Fall der reticentia ausgedehnt worden sei. Dies spricht aber sehr entschieden gegen eine allgemeine Anwendbarkeit der poena dupli. Ein indirekter Beweis gegen letztere liegt ferner in dem Umstande, dafs der Prätor auch die actiones depositi und commodati, die er nach dem Muster der Fiduciarklage ausbildete, nur in simplum gewährte.

Positive Behauptungen über diesen Punkt aufzustellen, erscheint uns bei dem Stande des Materials zwecklos.

4) Es ist anzunehmen, dafs die actio fiduciae als actio bonae fidei eine actio arbitraria war; cfr. Savigny V, 517. Darauf deutet ihre infamierende Wirkung hin, welche wohl auf eine Naturalrestitution hinzuwirken bezweckte. Der Richter erliefs danach, bevor er den Rechtsstreit selbst entschied, eine pronuntiatio, und nur wenn auf diese hin der Beklagte nicht freiwillig restituierte, wurde er verurteilt und damit für infam erklärt. Im andern Fall hätte die Strafe der infamia eine kolossale Härte enthalten, da die actio fiduciae keineswegs immer ein besonders strafwürdiges Verhalten des Beklagten

---

1) § 131.
2) a. a. O.
3) Ius Naturale II, 521.

zur Voraussetzung gehabt haben kann. Gegen den durch die pronuntiatio von seinem Unrecht überzeugten, hartnäckigen Beklagten war jene Strafe aber, wie wir schon betonten, vollauf gerechtfertigt.

5) Des weiteren ist auf die Haftung der Erben und anderen Successoren des Fiduciars einzugehen. Infamierend wirkte für sie, wie für etwaige Bürgen, die Klage nicht, Gaius IV, 182. Im übrigen kann die Vererblichkeit der beiderseitigen Klagen schon nach ihrer ganzen Natur nicht in Frage gezogen werden. Dies bestätigen auch die Quellen; so, wenn auch nicht expressis verbis, Gaius II, 220 — denn was ich per praeceptionem legieren kann, mufs um so mehr als vererblich angenommen werden.

Seltsamerweise scheint nun eine andere Stelle damit in Widerspruch zu stehen — Paulus l. II Sent. tit. XVII, § 12 (aus Consultatio VI). Danach soll den Erben des Fiduciarschuldners gegen den Gläubiger keine Klage zustehen

«nisi a testatore inchoata ad eos transmissa est».

Für den umgekehrten Fall ist es dagegen — wie wir gleich vorausschicken wollen — unbestritten, dafs die actio fiduciae auch gegen die Erben des Gläubigers geht, § 6 Paulus II, 13. Nach dieser Stelle ist die Klage nicht nur vererblich, sondern es kann auch der Erblasser die gesetzliche Haftung der Erben pro partibus hereditariis nicht dadurch hindern, dafs er die res fiduciaria einem einzelnen von ihnen oder einem extraneus vermacht. Auf den Besitz der res kann es daher in diesem Fall nicht ankommen; ohne zu besitzen, mufs jeder Erbe den Fiduciaranspruch zum entsprechenden Teil vertreten, während umgekehrt auch der im Besitz befindliche blofse Partialerbe nach l. 3 § 3 D. XIII, 6 auf den vollen Wert haftet. — Mit diesen Bestimmungen ist auch ein Einstehen der Erben für etwaigen dolus und culpa ihres Erblassers gegeben — nur dafs die Strafe der Infamie wegfällt. Cfr. die treffenden Bemerkungen bei Dernburg S. 15.

Schon diese Gestaltung läfst die Stelle des Paulus, welche doch den ganz entsprechenden Fall auf der andern Seite zu behandeln scheint, in etwas eigentümlichem Lichte erscheinen. Man hat sich verschiedentlich bemüht, das über ihr schwebende

Dunkel befriedigend aufzuhellen. Cuiacius[1]) und Conradi[2]) nehmen an, sie beziehe sich auf den Fall, wo der debitor durch Anstrengung einer Klage auf die hyperocha stillschweigend seine Zustimmung zum Verkauf gegeben habe. Diese Auffassung ist u. E. überaus gekünstelt und wenig ansprechend.

Eine andere Erklärung versucht Zachariae:[3]) es habe sich nur um eine Spezialmeinung des Paulus gehandelt, der sie vielleicht nur in dem besonderen Fall vertreten habe, dafs nur die auf damnum emergens gehende Klage unbeschränkt vererblich sein solle.

Nach v. Bassewitz[4]) soll es sich in der Stelle um eine unförmlich bestellte fiducia gehandelt haben — was die naheliegende Frage offen läfst, warum denn der Erblasser aus einem solchen formlosen Geschäft die Klage gehabt habe.

Ansprechender ist Dernburgs[5]) Vermutung, es sei häufig vorgekommen, dafs sich der Schuldner lediglich selbst das persönliche Luitionsrecht vorbehalten habe. Der Verfasser, welcher wahrscheinlich in jener Stelle auf Anrufen einer Partei ein Guthaben abzugeben hatte, möge aus Parteizwecken die Sache in diesem Sinne verallgemeinernd dargestellt haben.

Vollauf kann uns indes auch das nicht befriedigen. Suchen wir nach andern Gründen, so bleibt uns freilich nur noch die Wahl, die Stelle als mit den allgemeinen Grundsätzen in Widerstreit stehend unbeachtet zu lassen, was mit dem von Dernburg hervorgehobenen Charakter derselben als Parteigutachten allenfalls zu stützen wäre, oder aber in folgender Weise zu schliefsen: Es handelte sich in dem betreffenden Falle vielleicht um einen Verkauf des Gläubigers, dem eine denuntiatio an den Schuldner voraufgegangen war, ohne dafs letzterer daraufhin Einspruch erhob. Nunmehr starb der Erblasser und seine Erben erhoben jetzt wegen jenes angeblich contra fidem geschehenden Verkaufs die actio fiduciae. Paulus antwortet darauf: Wofern schon der Erblasser auf die denun-

---

[1]) Observ. VII c. 26.

[2]) a. a. O. S. 227.

[3]) S. 29.

[4]) S. 15.

[5]) S. 15.

tiatio hin dem Verkauf widersprochen bezw. diesen seinen Willensentschlufs sogar durch Anstrengung einer Klage gegen den trotzdem verkaufenden Gläubiger bethätigt hat, so soll die Klage auch den Erben zustehen; hat er aber durch sein Stillschweigen auf den ohne denuntiatio oder trotz Widerspruchs auf die geschehene denuntiatio hin gethätigten Verkauf ihn indirekt genehmigt, so können auch die Erben aus diesem Grunde die actio fiduciae nicht anstrengen.

Wir wollen keineswegs bestimmt behaupten, dafs diese Hypothese vollkommen richtig wäre — jedenfalls glauben wir damit gezeigt zu haben, dafs das Gutachten des Paulus sich höchstwahrscheinlich auf besondere, konkrete Thatumstände gestützt hat, ohne die Sache schlechthin zu entscheiden. Es kann daher für die allgemeine Betrachtung nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein.

6) Bachofen [1]) nimmt auf Grund von l. 16 § 5 D. XX, 1 an, der Gläubiger habe aus der fiducia neben seinen andern Klagen (rei vindicatio und actio fiduciae contraria) auch noch die actio hypothecaria gehabt, scil. seit ihrem Aufkommen.

Wir halten das für falsch. Wem eine rei vindicatio directa zusteht, der kann nach dem Grundsatze in maiore minus nicht noch eine besondere vindicatio utilis (hypothecaria) haben, die eine Klage müfste die andere durch Konfusion absorbieren. Die allegierte Stelle beweist nichts — die Worte «nam dominium eius vindicare non potest» beziehen sich u. E. nur auf den Gegensatz des gewöhnlichen Teilungsverfahrens, wo die adiudicatio Eigentumserwerb nach sich zieht. Hier hat es sich aber nur um eine Pfandsache gehandelt — die adiudicatio kann daher dem Erwerber auch weder Eigentum noch Eigentumsklage verschaffen, sondern nur Pfandrecht und actio hypothecaria.[2]) Will er vom besitzenden früheren Mitberechtigten die Sache herausverlangen, so mufs er sich dieser Klage bedienen und hat gegen dessen, auf die adiudicatio gestützte, exceptio rei iudicatae die bekannte replicatio «si secundum me iudicatum non est».

---

[1]) S. 634.

[2]) cf. noch Bachofen S. 199 über Adjudikation von Pfandsachen: Was nicht geteilt wird, das kann auch nicht adjudiziert werden.

Die Stelle giebt daher einen guten Sinn und benötigt durchaus nicht, in ihr eine ursprüngliche Beziehung auf die fiducia zu finden, wie das Bachofen auf die Worte «nam dominium» etc. gestützt versucht. Nach ihm handelt es sich um die Adjudikation einer Fiducia; der Adjudikatar kann jetzt nicht nochmals die Eigentumsklage anstrengen, sondern nur noch die hypothecaria.

7) Zum Schlufs dieses Abschnittes ist noch über den Wortlaut der Klagformel Aufschlufs zu geben. Wäre uns das Edictum Perpetuum erhalten, so würden wir sie nach Lenels [1]) Untersuchungen in demselben vorfinden, und zwar im Titel XIX § 107 hinter der actio depositi — eine Stellung, die wieder für die nahe Verwandtschaft beider Klagen einen bemerkenswerten Fingerzeig enthält. Dafs sich die formula der fiduciae actio mit der der pignoraticia kombiniert in einem und demselben Doppelformular befunden haben soll, wie Rudorff [2]) behauptet hatte, ist durch Lenel für genügend widerlegt zu erachten.

Leider ist uns aber mit dem Edikt auch unsere Formel verloren gegangen, weshalb wir uns dieselbe selbst rekonstruieren müssen. Recht abenteuerliche Versuche sind in dieser Richtung wiederholt angestellt worden; als die gelungensten mögen hier aufgeführt werden der von Sigonius [3]) —

«aio te mihi domum illam, quam tibi mancipavi ut mihi remancipares, ut inter bonos bene agier oportet . . . . . remancipare oportere.»

Ferner von Büchel: [4])

«Quod A. Agerius N. Negidio fiduciae causa mancipavit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidius A. Agerio dare facere oportet ex fide bona et ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, si paret, id iudex, N. Negidium condemnato, si non paret, absolve.

---

[1]) S. 232.
[2]) de Jurisd. Edict. § 100.
[3]) de iudiciis I, 4.
[4]) a. a. O. S. 32.

Endlich Huschke:[1])

«Quidquid paret N. Negidium dare facere oportere ex fide bona ita ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione . . . .

Der wesentlichste Fehler dieser Versuche besteht erstlich darin, dafs sie nicht zwischen einer formula in ius und in factum concepta zu unterscheiden wissen, zweitens in der Kumulation der Worte ex fide bona und «ut inter bonos» etc. Nach Ciceros Darstellung sollte doch klar sein, dafs beides Gegensätze sind — das erstere enthält den für die bonae fidei iudicia regelmäfsigen Zusatz, der bei der actio fiducia durch jenen besonderen ersetzt wird.

Beide Klippen hat Lenel[2]) glücklich umschifft; nur bleibt gegenüber seiner Rekonstruktion ein Bedenken — er inseriert den bekannten Zusatz auch der formula in factum concepta, während er nach unserer Theorie nur für die in ius concepta Sinn hat, ebenso wie das bei dem ganz entsprechenden Vermerk «ex fide bona» der Fall ist.[3])

Abgesehen davon machen wir Lenels Formulierung vollständig zu der unsrigen, indem wir ihm insbesondere auch darin beistimmen, dafs die bei Cicero erwähnten Worte «uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem» weder in dem Hauptgeschäft, wie Huschke[4]) gemeint, noch in der Klagformel ihren Platz gefunden haben können. Sie werden sich vielmehr auf den Fall einer mit einem servus cum peculio geschlossenen fiducia bezogen haben (Lenel S. 234).

Die Formeln selbst lauten danach wie folgt:

1. formula in factum concepta:

«Si paret A. Agerium N. Negidio fundum quo de agitur ob pecuniam debitam[5]) fidei fiduciae causae mancipio dedisse[6]) eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per N. Negidium stetisse quo minus

---

[1]) a. a. O. S. 245.

[2]) S. 233.

[3]) cf. oben S. 228 und Puchta, Institutionen I S. 496, bei in factum actiones war der Zusatz ex fide bona gar nicht denkbar.

[4]) a. a. O. S. 246.

[5]) Bei andern Arten des Fiduciargeschäftes fällt das natürlich fort.

[6]) bezw. in iure cessisse.

solveretur eumque fundum redditum non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam etc. etc.»

Diese Formel konnte natürlich im Einzelfall sich je nach dem Inhalt des pactum noch sehr verschieden gestalten.

2. formula in ius concepta:

«Quod A. Agerius N. Negidio fundum . . . . mancipio dedit, et quod id negotium non ita egit, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quidquid N. Negidium A. Agerio dare facere oportet, tantam pecuniam etc.»

Diese Formulierung scheint uns wenigstens erheblich wahrscheinlicher als die an sich auch denkbare.

«Quod . . . . dedit, quidquid . . . . oportet, ut inter bonos etc.»

Kap. VI: Die Beendigung der Fiducia.

(§ 32.)

Ein bekannter Rechtsgrundsatz der Römer besagt:

«prout quidque contractum est, ita et solvi debet» (l. 80 D. XLVI, 3 — Pomponius).

Daher mufs die stipulatio durch acceptilatio, der consensus durch dissensus, die mancipatio (fiduciae causa) durch remancipatio aufgehoben werden, bezw. die fiduciarische in iure cessio durch neue in iure cessio. Hierin liegt ein grofser Gegensatz zum pignus, welches gemäfs seiner streng accessorischen Natur mit der Forderung rettungslos dahinschwindet (von wenigen, anomalen Fällen abgesehen).

Anders bei der fiducia, bei der das Bestehen einer Forderung nur einen von mancherlei denkbaren Zwecken bildet. Hier gewährt die Zahlung der Schuld nur das Fundament eines nunmehr präsenten Anspruchs des bisherigen Schuldners auf remancipatio der fiduciae causa übereigneten Sache. Um dieser Klage und der damit verbundenen Infamie willen mochte der Gläubiger freilich alle Veranlassung haben, die remancipatio unverzüglich vorzunehmen.

War die Sache nach gezahlter Schuld auf andere Weise, sei es ohne oder mit dem Willen des Fiduciars — letzteres namentlich mittels der blofsen traditio — wieder in den Besitz des früheren Eigentümers gelangt, so wäre ihm an sich nichts anderes übrig geblieben, als sie mittels der gewöhnlichen usucapio wiederzuerwerben. Jedoch haben die Römer, wie der Name anzudeuten scheint, schon in älterer Zeit, im alten Civilrecht, zur Erleichterung dieses Rückerwerbs ein besonderes Mittel geschaffen in der usureceptio oder, wie sie im Gegensatz zu der ähnlichen usur. ex praediatura auch genannt wird, der usureceptio fiduciae. Cfr. Gaius II, 59; III, 201.

Hiernach soll der Fiduciant, si eandem rem ipse possederit, dieselbe innerhalb eines Jahres zurückersitzen können (recipere, nicht capere, daher usureceptio), einerlei ob es sich um eine bewegliche Sache oder um ein Grundstück handelt. Als Bedingungen dieses Rückerwerbes werden in § 60 aufgeführt:

a) bei der fid. cum amico soll sie, sofern der Fiduciant im Besitz ist, ohne weiteres von statten gehen;
b) anders im Fall der fid. cum creditore. Hier wird nämlich noch erfordert entweder vorhergegangene Rückzahlung der Schuldsumme, oder aber es darf der Besitz des Schuldners, wenn er vor Rückzahlung usurecipieren will, nicht beruhen auf precarium oder conductio («si neque conduxerit neque precario rogaverit ut eam rem liceret possidere»).

Im § 201 heifst es dann noch, dafs der debitor die res fiduciae datas «sine furto possidere et usucapere possit».

Über den Sinn dieser Bestimmungen ist bislang kein vollständiger Einklang der Meinungen erzielt. Insbesondere herrscht über die Bedeutung des sine furto possidere Streit.

Dernburg[1]) behauptet, der Schuldner habe selbst durch gewaltsame Wegnahme der Fiduciarsache kein furtum begangen und die Sache daher auch in diesem Fall recipieren können. Ähnlich, wenn auch teilweise mit Abschwächungen, äufsern sich Huschke[2]) — in der wissentlichen Besitznahme

---

[1]) S. 25.
[2]) a. a. O. S. 251.

der fremden Sache liege kein furtum —; Arndts,[1]) der nur bei Miete und Precarium, also nicht bei eigenmächtiger Ergreifung der Sache, die Ersitzung cessieren läfst; Zachariae[2]) Scheurl[3]) und Bechmann.[4])

Wir halten eine derartige Anschauung für exorbitant. Welchen Sinn könnte es wohl haben, den Schuldner sogar im Falle des mit Zustimmung des Gläubigers zu Precarium oder Miete erlangten Besitzes die usureceptio zu versagen, sie dagegen im Fall unerlaubter, eigenmächtigter Inbesitznahme zuzulassen? Man kann ja einwerfen, jene Ausnahmen hätten ihren Grund in dem Satz «nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest» — aber was beweist dieser Satz anders, als dafs niemand seine Position durch einen blofs internen Willensakt solle verbessern dürfen? Wir sehen in beiden aufgeführten Ausnahmefällen nur Ausflüsse eines tieferen Princips, deren besondere Anführung wegen ihrer grofsen praktischen Bedeutung zweckdienlich erscheinen mochte: des Princips nämlich, dafs der Besitz des Fiducianten nicht — sei es amico oder corpore — fehlerhaft sein durfte, um zur usureceptio führen zu können. Eine solche Vitiosität des Besitzes aber lag sowohl darin, dafs der Fiduciant die ihm vom Fiduciar zum Gebrauch überlassene Sache hinterrücks für sich zu haben beschlofs, als auch darin, dafs er sich eigenmächtig die faktische Herrschaft selbst verschaffte, etwa durch furtum.

Wenn Scheurl sich dagegen auf den Wortlaut des § 201 cit. beruft, so ist demgegenüber zu bemerken, dafs dort nur die Ausdrücke occupare und possidere gebraucht werden, die beide nicht auf ein gewaltsames Ansichbringen gehen. Occupare ist die Bemächtigung einer herrenlosen, in niemandes Gewalt befindlichen Sache, nicht die Wegnahme (surripere oder dergl.). Gerade im vorangehenden § 200 ist die Rede davon, dafs auch der dominus an eigener Sache ein furtum begehen könne, wenn er als Verpfänder dieselbe «surripuerit». Die ratio aber, welche sogar beim gewöhnlichen Verpfänder, der doch nur das minus weggiebt, in der Wegnahme der

²) Beiträge S. 208.
³) S. 31—32.
⁴) S. 42.
⁵) Kauf I R. 289.

Pfandsache ein furtum erblicken läfst, trifft doch beim Fiducianten, der ein maius fortgegeben hat, in erhöhter Potenz zu. Nur das will § 201 besagen, dafs es Fälle gebe, in denen das Ansichnehmen — scil. soweit es nicht an sich den Thatbestand eines Deliktes bildet — und Behalten einer bewufst fremden Sache nicht als furtum angesehen werde, wie das regelmäfsig z. B. beim Finder der Fall war.

Auch die Gegner finden die von ihnen behauptete Bestimmung auffallend. So liegt nach Dernburg [1]) der Grund für jene «nicht wegzuleugnende» Thatsache darin, dafs man im Leben den Verpfänder immer noch als Eigentümer angesehen habe; durch Wegnahme der res fiduciae data habe man daher nur an sich genommen, was man nach der Volksanschauung als sein betrachten konnte. Eine schöne Volksauffassung das!, die wir vielleicht bei einer Bande von Dieben und Räubern, aber nimmermehr beim römischen Volke mit seinem fein ausgeprägten Rechtsbewufstsein suchen dürfen. Sicher hätte eine so krasse Ignorierung der rechtlichen Wirkungen eines feierlichen Formalaktes wie der mancipatio, eine solche auffallende Begünstigung des Schuldners auf Kosten des Gläubigers gerade dem Geiste der alten römischen Zeit, aus der die usureceptio zweifelsohne stammt, schroff entgegengestanden.

Fast komisch nimmt sich — bei allem Respekt vor ihrem gelehrten Autor sei es gesagt — die Argumentation Huschkes aus. In der Wegnahme seitens des Fiducianten soll um deswillen kein furtum gefunden werden, weil der Fiduciar kein faktisches Interesse an der Sache habe, aus dem sie entwendet werden könne. Denn er besitze sie zwar körperlich; was aber den animus anbelange, «auf den es bei Begriffsbestimmung des faktischen Interesses der Person» — der subjektiven possessio, aus dem entwendet sein müsse, damit ein furtum vorliegen könne, ausschliefslich ankomme, so wolle er sie nicht als einzelne ihm gehörige, sondern als Glied einer fremden familia, also mit Anerkennung des fremden Eigentumsinteresses, besitzen. Folglich habe der Fiduciant noch immer die civilis possessio der Sache.

---

[1]) S. 24.

Im Resultat steht uns Huschke freilich bedeutend näher, als man nach diesem kühnen Phantasiegebilde wähnen sollte. Bei direkter Wegnahme der Sache nämlich aus der Gewahrsam des Gläubigers läſst er die Entscheidung dahingestellt,[1]) ja er ist sogar geneigt, für diesen Fall nach dem Recht der Zwölftafeln ein furtum anzunehmen, sofern die Zahlung noch nicht erfolgt ist. Dagegen zur Zeit des Gaius, meint Huschke, sei die Rechtsentwicklung wahrscheinlich dahin gelangt, daſs der Schuldner auch die aus der Gewahrsam des Gläubiger entwendete Fiduciarsache lukrativ habe usurecipieren können.

Mit Recht hat schon Stintzing[2]) darauf aufmerksam gemacht, daſs die einschlägigen Quellenstellen durchaus nicht das enthalten, was man aus ihnen seitens der Gegner habe herauslesen wollen, daſs auch der mindeste innere Grund für eine solch anomale Behandlungsweise zu vermissen sei. Nur das sei richtig — was auch wir schon oben betonten — daſs in dem Ansichbringen der fiduziierten Sache an sich kein Delikt liege, obwohl man ihren Charakter als fremde kenne.

Sonach könnte die Sache schon an sich kaum zweifelhaft sein; zum Überfluſs aber erfährt die gegnerische Lehre neuerdings eine ganz direkte Widerlegung durch die von Lenel[3]) nachgewiesene Interpolation der l. 22 D. XIII, 7; cfr. dazu auch die Bemerkungen von Geib.[4])

Im principium dieser Stelle werden mit der gröſsten Unbefangenheit Betrachtungen darüber angestellt, ob und inwieweit das, was der Fiduciar vom Schuldner mit der condictio furtiva und actio furti erhalten habe, in den Betrag der versicherten Forderung einzurechnen sei — Beweis genug, daſs auch in der «contrectatio fraudulosa» der Pfandsache seitens des Fiducianten nicht nur ein furtum gesehen, sondern dies auch ganz genau so rechtlich behandelt worden sein muſs,

---

[1]) S. 256.
[2]) Wesen der bona fides S. 17, 19.
[3]) a. a. O. S. 109.
[4]) a. a. O. S. 116.

wie jedes andre furtum. Folglich mufste die Pfandsache dadurch auch zur res furtiva werden, was mit der usureceptio unverträglich war.

Damit kann die gegnerische Meinung als beseitigt gelten.

Welches war nun aber der innere Grund für die Besonderheit der usureceptio? Wer ihr im Sinne Dernburgs eine immense Ausdehnung auf fast alle Fälle des Besitzes der Fiduciarsache zuschreibt, mufs sie für ein ziemlich princip-widriges, singuläres Institut halten, das nichts als eine besondere Begünstigung des Schuldners für sich anführen kann. Nun lag aber eine solche Begünstigung dem alten römischen Geist, wie ihn uns Jherings klassisches Werk so grofsartig schildert, unendlich fern. Schon die Existenz eines, wir möchten sagen, kapitalistischen, volksfeindlichen Institutes wie der fiducia mit ihrer enormen Begünstigung des Gläubigers würde eine treffende Illustration zu einer derartigen Behauptung abgeben.

Sonderbar ist auch, was Schulin [1]) zur Rechtfertigung der usureceptio heranzieht. Sie stamme aus einer Zeit, wo man dem Gläubiger noch nicht oder wenigstens nicht bestimmt und klar Eigentum zuerkannt habe. Eine solche «Zeit» kann niemals existiert haben; eine mancipatio ohne Eigentumsübergang ist etwas Undenkbares, auch für die früheste Vorzeit. Was hätte sie anders gesollt? Und die mancipatio fiduciae causa kann keinenfals andere Wirkungen hinsichtlich des dinglichen Effekts gehabt haben wie eine mancipatio pura. Der Entwicklungsgang des Pfandrechtes ist nicht der vom Minderen zum Stärkeren, sonderngerade umgekehrt vom Eigentumsübergang der fiducia zum blofsen ius in re aliena.

U. E. liegt der wesentlichste Grund für Ausbildung der usureceptio in etwas ganz Anderem: es mochte bei den mit der mancipatio notwendig verbundenen Unbequemlichkeiten häufig vorkommen, dafs bei der Rückgabe der Sache post solutam pecuniam oder sonst nach Beendigung des anderweitigen Fiduciarzwecks die bequemere Form der traditio gewählt wurde. Hierdurch konnte der Fiduciant sein Eigentum

[1]) Röm. R.-Gesch. S. 427.

nicht direkt zurückerwerben, während es anderseits nahe lag, ihn vor der noch immer möglichen, aber ungerechten vindicatio des Gläubigers thunlichst zu schützen, ihn überhaupt binnen möglichst kurzer Frist mittels Ersitzung wieder zum vollen dominus ex iure Quiritium zu machen.

Dies scheint uns der ursprüngliche und normale Fall der fiduciae usureceptio zu sein.

Es lag hier besonders nahe, die gewöhnliche Usucapionsfrist zu verkürzen, indem gerade in dieser Verkürzung der eigentliche Vorteil der usureceptio zu finden war. Dafs man dafür gerade die Frist eines Jahres wählte, mag weniger principielle als praktische Gründe gehabt haben — andere Motive für eine Verjährungs- oder Ersitzungsdauer aufzusuchen, erscheint überhaupt als müfsig. Dafs man diese Jahresfrist gleichmäfsig bei Mobilien und Immobilien anwendete, kann u. E. auch nicht so sehr wunder nehmen — erstlich kommen jene beim Fiduciargeschäft relativ selten in Betracht, so dafs sich eine besondere Bestimmung für sie nicht lohnen konnte, und dann mochte die Verwendung kürzerer als jährlicher Fristen bei der Ersitzung den damaligen Anschauungen nicht entsprechen, wie uns auch im übrigen kein Fall einer solch kurzen Frist dieser Art bekannt ist. Eine zu kurze Ersitzungszeit würde das Institut doch zu sehr zur Farce herunterdrücken.

Wir erwähnen diesen Punkt hauptsächlich um deswegen, weil die Dauer der Usureceptionsfrist verschiedenen unserer Schriftsteller Kopfzerbrechen verursacht hat; so Scheurl,[1] Dernburg[2] und Schweppe.[3] Dernburg sucht den Ursprung des annus darin, dafs man die Pfandsache gemeinhin schlankweg als «fiducia» bezeichnet habe; in dieser Eigenschaft habe man sie usucapiert und daraus geschlossen, auch der fundus fiduciarius komme hier nicht in seiner Eigenschaft als fundus in Betracht, sondern gehöre als «fiducia« zu den «ceterae res», ähnlich wie bei Erbschaftssachen. Ebenso Schweppe. Dernburg fügt hinzu, dafs hinter diesem

[1]) S. 44.
[2]) S. 25.
[3]) R.-Gesch. § 267.

äufseren Grunde der wahre der beabsichtigten Begünstigung des Schuldners stehe.

Den Fall der blofsen traditio der res fiduciaria, welchen wir als den Normalfall für die usureceptio ansehen, will Stintzing freilich [1]) gar nicht zu derselben rechnen, weil hier nicht zutreffe, dafs man «sciens rem alienam» besitze. Wir sehen das nicht ein — denn nach strengem Recht ist doch die uns nur tradierte Sache noch eine res aliena. Stintzings Meinung führt zu dem wunderlichen Resultat, dafs gerade dieser Fall der gewöhnlichen Usucapionsfrist benötigt habe, obwohl die ratio des schnellen Rückerwerbes hier ganz besonders zu Tage tritt, vielmehr als bei eigenmächtiger Inbesitznahme. Wenn die usureceptio auch eintritt trotz der eine gewöhnliche usucapio regelmäfsig ausschliefsenden conscientia rei alienae, so wird sie erst recht Platz gegriffen haben, wenn bei Vorhandensein der anderen Requisite dies hemmende Moment fehlte.

Man mufs ferner annehmen, dafs nach gezahlter Schuld der Fiduciant dem Fiduciar, der die remancipatio verweigerte oder verschob, die Sache einfach wegnehmen konnte, um sie darauf mittels usureceptio zurückzuerwerben. Auch dieser Fall mag für die Ausbildung und Anwendung des Institutes recht bedeutsam gewesen sein. Die Strafen der Selbsthülfe darf man natürlich nicht dagegen anführen, da sie bekanntlich erst aus einer Zeit stammen, der die fiducia fast vollständig fremd geworden war. Hier tritt die Singularität der usureceptio, durch scientia rei alienae nicht ausgeschlossen zu werden, besonders klar zu Tage.

Bei der fiducia cum amico soll nach Gaius die usureceptio immer ohne weiteres statthaft gewesen sein. Wir glauben, dafs das im allgemeinen richtig, aber für die denkbaren Fälle stark einzuschränken ist, wo der amicus zugleich im eigenen Interesse besafs. Hier die Möglichkeit eines — die usureceptio ausschliefsenden — furtum zu leugnen, liegt kein Grund vor.

Bei der fiducia cum creditore scheint die usureceptio vor Zahlung der Schuld nur selten gewesen zu sein; es liegt die

---

[1]) a. a. O.

Vermutung nahe, dafs der Gläubiger, wenn er nicht selbst Nutzung und Verwaltung der Sache auf eigene Rechnung übernahm, so gut wie immer dem Schuldner die Sache zum Precarium oder zur Miete überlassen habe. That er nichts dergleichen, so bedeutete das unleugbar eine Nachlässigkeit seltsamer Art — man nimmt eine Sache zum Pfande und kümmert sich nachher nicht um sie — die eine Anwendung der usureceptio auf diesen Fall wohl rechtfertigen konnte. Hätte doch andernfalls die Sache leicht verkommen oder von einem Dritten an sich gerissen werden können, da der Eigentümer fern war und der debitor keine genügenden Hinderungsmittel besafs.

Aber wie verhielt es sich im Fall der usureceptio mit den Nutzungen? Diese Frage wirft Ubbelohde[1]) auf. Nach ihm fehlt jeder Grund, den Usurecipienten die vor Vollendung des Erwerbs gezogenen Früchte zu Eigentum zu geben. Auf der andern Seite erwerbe man doch sogar das Eigentum der Früchte aus einer ungültigen Schenkung zwischen Eheleuten. So sei wohl zu entscheiden, dafs

a) fructus industriales dem Präskribenten gehören;

b) fructus mere naturales und anderen Erwerb, wie partus ancillae, müsse er dem Fiduciar ersetzen. Beweis sei l. 45 D. XXII, 1, wo die Worte

«sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris» für interpoliert zu erachten und dafür

«sicuti nec eius, qui rem usureceperit» einzusetzen sei.

Ein genügender Beweis für diese Behauptung scheint mir nicht erbracht; diese Stelle giebt auch so für sich einen guten Sinn, wenn sie auch mit andern in Widerspruch steht. Wie dem aber auch sei — mit den über die fiducia geltenden Grundsätzen steht Ubbelohdes Anschauung in unlöslichem Widerspruch. Denn die Früchte sollen doch vor der Bezahlung der Forderung diese mindern, d. h. dem Effekt nach dem Fiducianten zu gute kommen, selbst wenn die Voraussetzungen der Usureception nicht gegeben sind. Ist die Forderung bezahlt, dann wäre es sinnlos und contra bonam fidem, dem Fiducianten die Früchte abzusprechen; ist sie noch nicht

---

[1]) Zeitschr. f. R.-Gesch. XI, 251.

getilgt, so hat auch für diesen Fall der Usurecipient doch immerhin alle Rechte eines bonae fidei possessor; die Fruchtziehung mufs ihm mit mindestens demselben Recht zustehen, als wenn er Prekarist wäre, und eine event. Heraùsgabe an den Fiduciar würde bei dessen Einrechnungspflicht auf das debitum nur doppelte Rechnung verursachen. Auch tritt dieselbe ratio, welche die usureceptio selbst rechtfertigt, hier in gleicher Weise in Geltung.

Schlufs.

Das Fiduciargeschäft mit all seinen mannigfachen Gestaltungen, wie es den Gegenstand unserer Betrachtung bildete, zählt längst zu den historischen Antiquitäten. Hervorgegangen aus der Ungelenkigkeit eines jugendlichen, naiven Rechtsverkehrs, in seiner äufseren Gestaltung vermittelt und mit Individualität begabt durch einen Formalakt, konnte es vor den berechtigten Anforderungen einer höheren Rechtsentwicklung, eines frischer pulsierenden Verkehrs nicht standhalten; die fiducia ging und nimmer kehrt sie wieder.

Aber was vordem dira necessitas war, tritt im neueren Stadium der Entwicklung oftmals als Sache der freien Wahl auf. Jene Divergenz zwischen Absicht und Zweck, zwischen äufseren und inneren Wirkungen des Geschäftes, welche der fiducia eigen waren, finden sich noch heutzutage in zahllosen Fällen.

Namentlich der Handelsverkehr ist aus freier Wahl zurückgekehrt zu jenen auf Treu und Glauben des Mitkontrahenten gestellten Geschäften, welche vom eigentlichen Rechtsstandpunkte aus so überaus prekär für den Geschäftsherrn sind. Unzähligemal überträgt man jemandem pro forma ein Eigentums-, ein Forderungsrecht, damit jener es, nach aufsen vollberechtigt, zu unserem Nutzen oder zwar zu eigner Sicherheit, aber nur interimistisch, ausüben solle. Auch heute noch kann sich darunter ein Pfand-, ein Depositalzweck verstecken. Ich kann ferner meinen Wechsel formell auf N. N. girieren, während jener in Wahrheit nur als Inkassomandatar fungieren soll; ich kann ihm — etwa als Trödler, Kommissionär etc., — Eigentum an einer Sache übertragen,

damit er sie in meinem Nutzen verkaufe. Es kommt vor, dafs einem Gläubiger eine Hypothek verpfändet werden soll, wozu man aber als Mittel vollständige Übertragung derselben wählt.

Leicht mögen derartige Geschäfte auch zu betrügerischen Zwecken abgeschlossen werden: insbesondere geschieht es nur allzuoft, dafs ein böswilliger Schuldner einem Spiefsgesellen an Sachen das Eigentum mittels constitutum possessorium überträgt, deren Gewahrsam und Genufs er ruhig behält — zu keinem andern Zweck, als um sie dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen und sich gelegentlich ruhig auch formell zurückerstatten zu lassen.

Gerade die Fälle letzterer Art sind jüngst Gegenstand der Betrachtung verschiedener Schriftsteller geworden; so Kohlers[1]) und Hellwigs.[2]) Ferner gehören hierher die Abhandlungen von Regelsberger[3]) und G. A. Leist.[4])

Hier mufs für uns dieser kurze Hinweis genügen; alle jene Fälle liegen vom Felde unserer Betrachtungen zu weit ab, um ex professo gewürdigt werden zu können. Man mag sie als «fiduciarische Geschäfte» bezeichnen — nur darf man dabei nicht vergessen, dafs ihre Einheit nicht, wie bei der fiducia im technischen Sinne, auf der formellen Einheit eines rechtlichen Entstehungsaktes beruht, sondern anders wie die auf der Ungelenkigkeit der Rechtsformen basierende römische fiducia wirtschaftlicher Natur ist. Man hat von Fiduciargeschäften in demselben Sinn zu sprechen, wie man von Kreditgeschäften, von Schenkungen, vom Pfandrecht, vom Niefsbrauch spricht oder sprechen sollte: überall liegt die Individualität in den wirtschaftlichen Zwecken, nicht im juristischen Gehalt. Alle noch so bemerkenswerten Versuche, dem Pfandrecht z. B. eine einheitliche juristische Wurzel zuschreiben zu wollen, mufsten an der Macht der Thatsachen scheitern.

Gegen die Einheit und einheitliche Behandlung jener Geschäftsarten soll das keineswegs ein Vorwurf sein — im

---

[1]) Jahrb. f. Dogm. XVI, 151.
[2]) Archiv 64, S. 369. cf. auch Obertribunal bei Fenner-Mecke X, 42.
[3]) Archiv Bd. 63 S. 173.
[4]) «Sicherung von Forderungen durch Uebertragung des Eigentums.»

Gegenteil! wir betrachten es als eine der vornehmlichsten Aufgaben zukünftiger Rechtswissenschaft, auch bei Gestaltung des Systems den wirtschaftlichen Gegensätzen und Zusammengehörigkeiten die gebührende Rechnung zu tragen. So wichtig der Gegensatz dinglicher und obligatorischer Rechte sein mag, so wenig wir seiner jemals werden entraten können, so darf er uns doch nichts sein als Mittel zum Zweck, so sollte er niemals dazu gebraucht werden, das im Leben Zusammengehörige in der Rechtslehre auseinanderzureifsen.

Schon heute huldigt man bei Darstellung des Pfandrechts, des Niefsbrauchs, des Depositum jenem Grundsatz; und wenn er einstens vollständig durchgefürt sein wird, dann mufs auch die Stunde schlagen, wo jenen «Fiduciargeschäften» im modernen Sinne eine selbständige Stellung im System zukommt.

Litteratur.

(Die benutzten römischen Schriftsteller siehe in Abteilung I.)

Arndts, Pandekten, Aufl. 13, 1886.
Arnold, Kultur und Recht der Römer, 1868.
Bachofen, Pfandrecht, 1847.
v. Bassewitz, Commentatio de fiducia, diss. Hall. 1858.
Bechmann, der Kauf I, 1876.
Bekker, die Aktionen, 1871.
v. Bethmann-Hollweg, Gem. Civilprozefs, 1860.
Böcking, Pandekten, 1853.
Brinz, Pandekten, Aufl. I.
Bruns-Mommsen, Fontes Juris Romani, Aufl. 5.
Büchel, diss. de fiducia, 1828.
— Natur des Pfandrechtes (Civilrechtl. Untersuch. Aufl. 2, 1847.)
Conradi, de fiducia. Aus scripta minora, ed. Pernice Bd. II.
Cuiacius, Opera omnia, Neapel 1758 fg.
Czyhlarz in Haimerls Vierteljahrschrift III, 124.
— Institutionen, 1889.
Degenkolb, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. IX S. 117 fg.
Demelius, Kritische Vierteljahrschrift X, 347.
— Rechtsfiktion.
— Zeitschrift f. R.-Gesch. II, 236.
Dernburg, Pfandrecht, Bd. I, 1860.
— Kompensation, Aufl. 2, 1868.
— Pandekten, Aufl. 2, 1887.
— Heidelberger krit. Zeitschrift, I, 442.
Eck, Zeitschrift der Savigny-Stiftung IX, 60 fg.
Eisele, Materielle Grundlage der Exceptio, 1871.
Esmarch, Römische Rechtsgeschichte, Aufl. 3, 1888.
Geib, Zeitschrift der Savigny-Stiftung VIII, 112.
Glück, Kommentar, Bd. XVII.
J. Gothofredus, Codex Theodosianus, Bd. I.

Gradenwitz, Zeitschrift der Savigny-Stiftung VII, 46.
— Interpolationen in den Pandekten, 1887.
Heck, Zeitschrift der Savigny-Stiftung X, 82 fg.
Hölder, Institutionen, Aufl. 2, 1883.
Hugo, Römische Rechtsgeschichte, Aufl. 7.
Huschke, Recht des Nexum.
— Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, XIV S. 220 fg.
v. Jhering, Geist des römischen Rechts, Aufl. 2, 1869.
— Schuldmoment im römischen Privatrecht.
Karlowa, Römischer Civilprozefs zur Zeit der Legisaktionen, 1872.
— Römische Rechtsgeschichte I, 1885.
Keller, Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft XXII.
— Zeitschrift f. R.-Gesch. XII, 400.
— Römischer Civilprozefs. Aufl. VI von Wach, 1883.
Krüger, Kritische Versuche, 1870.
B. W. Leist, Mancipation und Eigentumstradition, 1865.
G. A. Leist, Sicherung von Forderungen durch Übertragung des Eigentums, 1889.
Lenel, Zeitschrift d. Savigny-Stiftung III, N. 6 und 9.
— Edictum Perpetuum, 1883.
— Palingenesia, 1889.
Marezoll, Institutionen, Aufl. 10, 1875.
Meermann, Novus Thesaurus, Bd. VI, 1763.
Th. Mommsen, Zeitschrift d. Savigny-Stiftung, VI, 274.
C. O. Müller, Institutionen, 1858.
Muther, Sequestration, 1856.
Pernice, Labeo, Bd. I.
Puchta, Institutionen, Aufl. IX von Krüger, 1881.
Pufendorf, de iure naturali V.
Puntschart, Grundgesetzliches Civilrecht der Römer, 1872.
Rein, Privatrecht und Civilprozefs der Römer, Aufl. 2, 1858.
Rudorff, Zeitschrift f. gesch. Rechtswiss. XIII, 181.
— Zeitschrift f. Rechtsgesch. XI, 52.
— de iuris dictione edictum, 1869.
— Römische Rechtsgeschichte, 1849.
Salkowski, Institutionen, 1868.
v. Savigny, Besitz, Aufl. V, 1826.
— System des heutigen römischen Rechts, 1840 fg.
Schulin, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, 1889.
Schulting, Jurisprudentia vet. Anteiustinianea, 1717.
Schweppe, Römische Rechtsgeschichte, Ausg. 2, 1826.
v. Scheurl, Beiträge II.
— Institutionen, Aufl. 8, 1883.
— Krit. Vieteljahrschrift II, 416.
C. Sell, Jahrbücher des römischen Rechts II.
— de Romanorum nexo et mancipio, 1840.
Sintenis, Pfandrecht, 1836.

Sohm, Institutionen, Aufl. 4, 1888.
Stintzing, Wesen der bona fides. 1852.
— legis actio sacramento, 1853.
Thibaut, Abhandlungen, 1814.
C. Ph. Thierbach, histor. iur. de pignoribus, 1814.
Ubbelohde, Geschichte der benannten Realkontrakte.
— Zeitschrift f. Rechtsgesch. XI, 251.
Unterholzner, Schuldverhältnisse II, 1840.
Vering, Pandekten, Aufl. 5, 1887.
M. Voigt, Ius Naturale, 1856 fg.
— Die Zwölftafeln, 1883.
Wächter, Archiv f. civilist. Praxis XV, 134.
Warnkönig, Das. XXIV, 338.
Wendt, Pandekten, 1888.
Windscheid, Pandekten. Aufl, VI, 1887.
Zachariae, diss. de fiducia, 1830.

Nicht zugänglich war mir die Schrift von Stas, de fiducia, Leodii 1821.

Druckfehler.

S. 98. Zeile 2 zu lesen statt «möglichst»: «schlecht».

Druck von Leonhard Simion, Berlin SW.



